

DE
L'IMMUTABILITÉ
DU REGIME MATRIMONIAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

soutenue publiquement

dans la Salle des Actes de la Faculté de Droit

le Samedi 18 Juin 1938, à 10 h. 30

PAR

Marie-Louise BEUCHER

MEMBRES DU JURY

Président : M. GOMBEAUX, Professeur

Suffragants $\left\{ \begin{array}{l} \text{M. BRIDREY, Professeur} \\ \text{M. PRUDHOMME, Professeur} \end{array} \right.$

PHILIPPEAU ET LOISELEUR

IMPRIMEURS

Rue du Cornet — ANGERS

1938

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

DE
L'IMMUTABILITÉ
DU REGIME MATRIMONIAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

soutenue publiquement

dans la Salle des Actes de la Faculté de Droit

le Samedi 18 Juin 1938, à 10 h. 30

PAR

Marie-Louise BEUCHER

MEMBRES DU JURY

Président : M. GOMBEAUX, Professeur

Suffragants } *M. BRIDREY, Professeur*
 } *M. PRUDHOMME, Professeur*

PHILIPPEAU ET LOISELEUR

IMPRIMEURS

Rue du Cornet — ANGERS

1938

UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT

Année scolaire 1937-1938

Doyen :

M. HENRY NEZARD (*, I. ☉)

Doyen honoraire :

M. EUSTACHE PILON (O. *, I. ☉)

Assesseur du Doyen :

M. GOMBEAUX (*, I. ☉)

Professeurs honoraires :

MM. CABOUAT (O. *, I. ☉)
DEGOIS (I. ☉).

Professeurs :

MM. NÉZARD (*, I. ☉), professeur de Droit administratif, chargé du Cours de Législation Minière ;

GOMBEAUX (*, I. ☉), professeur de Droit civil, chargé du Cours de Droit international privé ;

BRIDREY (*, I. ☉), professeur de Droit romain, chargé du Cours d'Histoire du Droit Public ;

LEPARGNEUR (*, I. ☉), professeur de Droit commercial, chargé du Cours de Droit maritime ;



LEMONNIER (I. ☉), professeur de Droit civil, chargé du Cours de Législation industrielle ;

PERREAU (*, I. ☉), professeur de Droit criminel, chargé du Cours de Droit civil approfondi et comparé ;

LAMPUÉ (☉), professeur de Droit international public et de Droit constitutionnel ;

YVER (☉), professeur d'Histoire du Droit français et d'Histoire du Droit privé, chargé du Cours d'Histoire de la Coutume de la Normandie ;

PRUD'HOMME (*, ☿, ☉), professeur de Procédure Civile et de Voies d'Exécution ;

FRÉJAVILLE (☉), professeur de Droit Civil ;

BESNIER, professeur de Droit Romain ;

LEDUC, professeur d'Economie politique, chargé du Cours d'Histoire des Doctrines Economiques et du Cours de Législation Financière ;

SAINT-GERMÈS, professeur d'Economie politique.

Secrétaire :

M. ROUX (*, I. ☉, ☿, ☿), secrétaire des Facultés de l'Université de Caen.

La Faculté n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS :

<i>Ann. Dr. Comm.</i>	Annales de droit commercial,
<i>Civ. Cass.</i>	Cour de Cassation, chambre civile, arrêt de Cassation.
<i>Civ. Rej.</i>	Cour de Cassation, chambre civile, arrêt de rejet.
<i>C. Civ., art. 578.</i>	Code civil, article 578.
<i>Cl</i>	Journal de droit international (Clunet).
<i>Comp.</i>	Comparez.
<i>D. H.</i>	Dalloz, Recueil hebdomadaire de jurisprudence.
<i>D. P.</i>	Dalloz, Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine.
<i>D. Rép. Prat.</i>	Dalloz, Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence.
<i>Edit.</i>	Edition.
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du palais, recueil mensuel.
<i>Journ. Not.</i>	Journal des notaires et des avocats.
<i>Journ. Off.</i>	Journal Officiel.
<i>Journ. Soc.</i>	Journal des sociétés civiles et commerciales.
<i>Op. cit.</i>	(<i>opere citato</i>) ouvrage précité.
<i>Req.</i>	Cour de Cassation, arrêt de la chambre des Requêtes.
<i>Rev. Soc.</i>	Revue des sociétés.
<i>Rev. Trim.</i>	Revue trimestrielle de droit civil.
<i>S.</i>	Sirey, Recueil général des lois et arrêts.
<i>Suiv.</i>	Pages ou numéros suivants.
<i>Trib. Civ.</i>	Tribunal civil.
<i>V.</i>	Voyez.
<i>V°.</i>	(<i>verbo</i>) au mot.

INTRODUCTION

« Toutes conventions matrimoniales doivent être rédigées avant le mariage. Elles ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage. » Les articles 1394 et 1395 du Code civil posent en ces termes le principe appelé traditionnellement principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Le régime matrimonial est déterminé en droit français par la volonté des époux ou par la loi. Si les époux n'ont pas rédigé de contrat de mariage, la loi décide que leurs biens sont soumis au régime de communauté ; l'article 1394 interdit en pareil cas aux conjoints de dresser après la célébration du mariage un contrat excluant ou modifiant le régime légal. Si les époux, usant, dans les limites permises, de la liberté que leur laisse le législateur, ont fixé par un contrat leur régime matrimonial, la célébration du mariage fait produire leur effet à ces conventions accessoires au mariage et les rend définitives. L'article 1395 s'oppose à ce qu'il soit apporté ensuite aucun changement aux dispositions du contrat de mariage.

L'impossibilité de modifier les conventions matrimoniales après la célébration du mariage est une dérogation au principe général de la liberté des conventions, édicté par l'article 1134, et que l'article 1387 reproduit au titre du contrat de mariage. De droit commun — et en dehors bien entendu des incapacités générales — les individus sont capables de contracter, plus largement de vouloir, à tout moment ; d'autre part, le consentement mutuel des parties, s'il a formé le contrat, peut, à tout moment, le modifier ou le dissoudre.

Or, par suite de la double interdiction constituant le principe d'immutabilité, les époux ne peuvent déterminer leur

régime matrimonial qu'avant la célébration du mariage, et leur consentement mutuel est impuissant à modifier ensuite ce régime.

La conséquence du principe unique ainsi posé par les articles 1394 et 1395 sous deux formules différentes est donc que le régime matrimonial est fixé de façon irrévocable au moment de la célébration du mariage ; qu'il soit déterminé par la convention des époux ou par la loi, peu importe ; dans l'un et l'autre cas, il est intangible.

Sans vouloir attacher à une question de terminologie une importance qu'elle ne doit pas avoir, le terme de « principe d'immutabilité du régime matrimonial » nous a semblé exprimer cette idée sous une forme plus précise que le terme classique d'immutabilité des conventions matrimoniales. Les « conventions matrimoniales » désignent bien à la fois le régime conventionnel et le régime légal si l'on considère celui-ci, selon la tradition, comme un régime conventionnel tacite, mais le fondement du régime légal est discuté (1), et il paraît préférable de s'en tenir à une expression qui n'engage pas dans ce débat.

Le principe d'immutabilité du régime matrimonial n'est pas une innovation des rédacteurs du Code civil. Les législateurs de 1804 ont seulement consacré une règle traditionnelle, dont il n'est pas sans intérêt de rappeler les origines, en indiquant les raisons qui l'ont fait adopter par notre ancien droit et maintenir lors de la rédaction du Code.

Le principe d'immutabilité ne nous vient pas du droit romain. A Rome, la dot pouvait être constituée ou augmentée pendant le mariage (2). Sous Auguste, il fut interdit de la diminuer ou de la restituer au cours du mariage. Mais cette interdiction n'était pas inspirée par l'idée d'immutabilité du pacte matrimonial ; elle était fondée sur le désir de maintenir la dot intacte pour en assurer la restitution à la dissolution du mariage, et se rattachait à l'ensemble des dispositions prises

(1) V. LECOUFFÉ, *Du fondement juridique du régime matrimonial légal*, thèse, Lille, 1925.

(2) *Pascici post matrimonium etiamsi nihil ante convenerit licet*. Dig., L. 1. De pact. dotal. — Paul, F. V. 110 ; Sent., 2, 21 b., 1 — Inst. Just., II, t. VII, § 3 ; — Ulp., Dig., XXIII, 3, 73. — Dig., XXIII, 3, 41 et 48.

pour favoriser les seconds mariages que la multiplication des divorces rendait nécessaires (3). L'interdiction de restituer la dot au cours du mariage fut d'ailleurs abolie par Justinien dans l'hypothèse où il y avait *donatio propter nuptias*, ce qui était le cas habituel (4).

La dot était la libéralité faite au mari en vue des charges du ménage. Il était d'usage que le mari fît aussi, avant le mariage, des présents à sa femme. Cette donation, appelée *donatio ante nuptias*, ne pouvait d'abord être faite ni modifiée pendant le mariage. Elle perdit peu à peu, à partir de Théodose le Grand, les caractères de la donation pour prendre ceux de la dot. Ainsi Justin décida qu'elle pourrait en principe, et sous réserve de certaines restrictions (5), être faite, augmentée ou diminuée au cours du mariage. Justinien, qui l'appelle d'ailleurs *donatio propter nuptias* et non plus *ante nuptias*, l'assimila complètement à la dot.

Les époux romains, de même qu'ils pouvaient modifier à leur gré les conventions relatives à la dot, avaient, à l'origine, la liberté de se faire des donations au cours du mariage. Peu après la loi Cincia, un peu avant le moment où l'interdiction de la restitution de la dot durant le mariage vint apporter un frein à la liberté des époux, et pour le même motif de la fréquence des divorces, les donations entre époux furent prohibées sous l'influence de la coutume (6). On craignait qu'elles ne fussent arrachées sous menace de divorce ou de répudiation (7), et aussi que la passion n'entraînât les époux à se

(3) « Les répudiations sans motif étaient devenues alors monnaie courante et les nobles se mettaient à compter chacun plus de femmes que d'enfants. » (*Histoire romaine*, t. II. *La République romaine de 133 à 44 avant J. C.*, César, par Jérôme CARCOPINO).

(4) N. XXII, ch. XXXI; Inst. Just., II, t. VII, § 3.

(5) Elle ne pouvait être augmentée que lorsque la dot l'était elle-même, — son montant ou son augmentation devaient être d'une valeur égale à l'augmentation de la dot — et il était interdit de la diminuer au cas où chacun des époux avait des enfants d'un précédent mariage.

V. Cuq., Manuel, p. 196.

(6) *Moribus apud nos receptum est ne inter virum et uxorem donationes valerent* (Ulp., Dig., 24, 1. De don. inter virum et uxorem). Cf. DUMONT, *Les donations entre époux en droit romain*, thèse, Paris, 1928.

(7) *Ne concordia pretio conciliari videtur* (Ulp., Dig., 24, 1. De don. inter vir. et ux.)

dépouiller l'un pour l'autre (8). La prohibition des donations entre époux alla par la suite en s'atténuant. L'*Oratio Antonini* (206) décida que ces donations deviendraient valables si le conjoint donateur mourait sans avoir changé de volonté. Justinien donna même une action à l'époux donataire contre l'héritier du donateur si l'exécution de la libéralité n'avait pas eu lieu à la mort du donateur. Mais le droit romain en son dernier état ignora, comme le droit classique, le principe d'immutabilité du régime matrimonial.

On a cru en trouver l'origine dans le droit franc, dans le deuxième capitulaire de Dagobert reproduisant un passage de la loi Ripuaire « *Si quis mulierem desponsaverit, quidquid ei per tabularum seu cartarum instrumenta conscripsit, perpetualiter in convulsum permaneat.* » (L. Rip. T. XXXVII, § 1). M. Kuntz (9) a été le seul à émettre cette opinion, qui est une erreur. Le sens du texte est clair ; il se réfère non à l'immutabilité des conventions matrimoniales, mais à l'irrévocabilité des donations entre époux. Il signifie que la *dos ex marito*, la donation faite avant le mariage par le mari à la femme, est irrévocablement fixée par les termes de l'acte écrit. Il n'est pas autre chose que l'expression d'une garantie accordée à la femme contre un repentir du mari qui voudrait lui reprendre cette *dos* solennellement promise lors du mariage (10).

Au surplus, si l'opinion de M. Kuntz était conforme à la vérité, on devrait trouver trace du principe d'immutabilité à partir du VIII^e siècle ; or, on n'en rencontre aucune application, et des documents certains prouvent au contraire qu'il n'existait pas encore (11).

Le principe d'immutabilité, s'il est en accord avec les traditions germaniques, en particulier avec l'idée de conservation des biens dans les familles et le rôle des parents dans l'établissement du contrat de mariage, n'est consacré par aucun texte du droit franc.

(8) Ne mutuato amore invicem spoliarentur.

(9) Origine de l'article 1395, *Revue générale de droit, de législation de jurisprudence*, 1883-1884, p. 22.

(10) PLANIOL, II, D. P., 1905, 2. 1.

(11) V. deux chartes du cartulaire de Cluny n^{os} 1412 et 1413, année 975 ; — Cf. HUGOT, *Etude critique du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales*, thèse, Paris, 1913, p. 39 et suiv.

Il est une création de notre droit coutumier (12).

Dans les pays de droit écrit, la loi romaine demeura en vigueur, sur ce point comme en général. La dot pouvait donc être constituée ou augmentée pendant le mariage (13). Mais il était interdit de la diminuer ou de la restituer, car le droit romain suivi en Gaule était, non le droit de Justinien, où cette interdiction avait disparu, mais le Code Théodosien et les œuvres des jurisconsultes du III^e siècle ; le droit de Justinien ne fut introduit chez nous, on le sait, que du XI^e au XIII^e siècles sous l'influence des Universités.

Dans les pays de coutume, le principe d'immutabilité régna d'abord en fait avant de devenir une règle de droit. A la vérité, jusqu'au XIII^e siècle, le régime matrimonial n'était pas seulement immuable ; toute la France coutumière, à l'exception de la Normandie, de l'Auvergne et de la Haute-Marche, ne connaissait qu'un seul régime, légal et obligatoire : la communauté, et les conventions pécuniaires précédant le mariage n'étaient relatives qu'au douaire. A partir du XIV^e siècle, on essaya de se soustraire, par des règles conventionnelles, au régime légal insuffisant ou contraire aux intérêts de certains ménages, et l'on prit l'habitude, qui se répandit peu à peu, de stipuler des clauses modifiant ou écartant la communauté. Mais, sous diverses influences que nous indiquerons tout à l'heure, l'usage s'établit aussi, sans qu'on puisse préciser à quelle date, de convenir qu'il serait interdit d'apporter aucun changement à ces conventions, une fois le mariage célébré et consommé.

Les anciens auteurs, Louet entre autres (14), nous ont rapporté comment des arrêts du Parlement de Paris de la seconde moitié du XVI^e siècle et du début du XVII^e (15 mai 1549, 6 septembre 1551, 14 août 1555, 11 mai 1563, 15 mai 1589, 5 avril

(12) POTHIER, *Introduction au Traité de la Communauté*, n^{os} 18-19. — MERLIN, *Répert.*, V^e *Conventions matrimoniales*, p. 825 et suiv. — Cf. THUILLIER, *De l'immutabilité des conventions matrimoniales en droit coutumier*. Thèse, Paris, 1910, p. 73.

(13) SERRES, *Inst.*, liv. II, tit. XIV.

(14) LOUET, *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris*, augmenté par Julien BRODEAU, lettre M, sommaire IV ; — Jean BACQUET, *Traité des droits de justice*, t. I, chapitre 21, n^o 73 ; — CHARONDAS LE CARON, *Réponses et décisions du droit français*, liv. VIII, rép. 32.

1605) donnèrent à cette pratique antérieure une consécration juridique. Les motifs de ces arrêts montrent que vers 1580 on soutenait encore que « de disposition de droit, il est permis de se départir des premières conventions matrimoniales ». Le principe d'immutabilité n'était donc pas encore reconnu à cette date, mais on s'était accoutumé en fait aux clauses qui établissaient l'intangibilité des conventions matrimoniales. Le seul rôle du Parlement fut de consacrer l'usage établi et de donner au principe une formule juridique précise.

Formulé par le Parlement, le principe d'immutabilité était inscrit dans l'immense majorité des coutumes (15) : Paris (art. 110, A. C. ; art. 258, N. C.), Orléans (art. 202), Hainaut (chap. 29, art. 8), Auvergne (chap. XIV, art. 16), Bretagne (art. 220), Bourgogne (tit. IV, art. 7), Audenarde (art. 19, rub. XXI) (16). Il y avait quelques exceptions : la coutume d'Alsace et celle de Bruxelles (17) reconnaissaient la validité des conventions nouvelles en cours de mariage, et dans certaines parties de la Flandre et du Brabant, il était permis de renoncer aux gains de survie stipulés au contrat de mariage. Mais il ne s'agissait là que d'exceptions ; l'immutabilité était vraiment la règle générale de nos coutumes françaises.

Sous quelles influences fut donc adopté ce principe de l'immutabilité du pacte matrimonial ?

Un grand nombre, la majorité semble-t-il, des anciens auteurs le rattache à la prohibition des donations entre époux :

(15) « Les pactions et conventions qui ont été faites par les conjoints dans leur contrat de mariage ne peuvent être changées, augmentées ni diminuées pendant le mariage; elles sont invariables et inviolables; elles ne peuvent recevoir aucun changement ni altération, comme aussi les droits qui leur sont acquis par le contrat de mariage ne peuvent être changés ni altérés. » (RENUSSON, *Communauté*, 1^{re} partie, chap. IV, n° 12.)

(16) La coutume d'Audenarde formule ainsi le principe : « Après le lien de mariage, quoiqu'il n'y eût que les fiançailles faites, l'on ne peut faire de conventions ou contrat de mariage, et les conventions qui sont faites duement avant aucun lien de mariage, le mari et la femme ensemble ne les peuvent rompre ni les révoquer. »

(17) « Les contrats de mariage avec les conditions insérées doivent être valides et sortir effet entre les mariés, leurs enfants et héritiers si longtemps qu'ils ne sont dûment révoqués par autre contrat, testament ou dispositions, laquelle révocation se peut faire durant le mariage. » (*Cout.*, Bruxelles, art. 245).

Dumoulin (18), d'Argentré (19), Lebrun (20), Bourjon (21), Renusson (22) invoquent ce motif. La modification des conventions matrimoniales au cours du mariage aurait permis d'éluder, par des donations indirectes, la prohibition des donations entre époux édictée dans toute la France, à la fois par le droit romain en pays de droit écrit, et par les coutumes. Parmi les auteurs modernes, M. Kuntz, seul, refuse de voir dans l'interdiction des libéralités entre époux l'un des motifs du principe d'immutabilité (23). Mais nos anciens auteurs se réfèrent de la façon la plus nette à cette interdiction, et l'on comprend facilement quelle influence elle a dû avoir sur la formation du principe d'immutabilité, puisqu'elle fut assez rigoureuse pour conduire à la prohibition générale de tous contrats entre époux. Il ne semble pas cependant qu'elle ait été la raison dominante du principe d'immutabilité, car là même où les donations entre époux étaient permises (Hainaut), les changements de régime matrimonial demeuraient interdits.

D'autres auteurs invoquent le caractère de pacte de famille du contrat de mariage qui intéresse et les familles des époux et les enfants à naître du mariage. Cette idée est la survivance de l'ancienne idée germanique de propriété familiale, adaptée aux nouvelles aspirations sociales dans la formule de la conservation des biens dans les familles (24). D'après une telle conception, le patrimoine que chaque époux apportait en mariage n'était pas véritablement sa chose propre, mais plutôt une sorte de dépôt viager qu'il avait mission de transmettre aux représentants de sa race. Il était donc logique d'interdire aux époux de disposer de ce patrimoine collectif (25). Dans les

(18) Sur art. 110, ancienne coutume de Paris.

(19) Art. 221, ancienne coutume de Bretagne, glose 3, n° 1.

(20) *Communauté*, livre VII, chap. III, n° 29.

(21) *Droit commun de la France*, 1^{re} partie, chap. III, sect. 1, dist. 3, n° 11.

(22) *Communauté*, 1^{re} partie, chap. IV, n° 12.

(23) *Rev. gén. de droit, législation et jurisprudence*, 1883-1884, p. 22
Origine de l'article 1935.

(24) RICHARDOT, *Les pactes de séparations amiable entre époux*, thèse, Dijon, 1930, p. 141.

(25) Cf. O. MARTIN, *Histoire de la coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, t. II, p. 151 et suiv.; — PRÉVÔT DE LA JANNÈS, *Les principes de la jurisprudence française*, II, n° 320.

pays de coutume, en raison de cette tradition germanique (26), le contrat de mariage était l'œuvre des deux familles, et la présence des parents était exigée avec la plus grande rigueur (27).

Leprestre (28), Tronçon (29), Bouhier (30), Ferrière (31) insistent sur cette idée du contrat de mariage pacte de famille, Ferrière surtout, selon qui le soin et le désir de conserver les biens dans les familles a servi de fondement à la plupart des dispositions coutumières (32).

« Le contrat de mariage que les conjoints font avant le mariage », dit Prévôt de la Jannès dans les Principes de jurisprudence, « devient après la célébration une loi entre les deux familles, qui règle impérieusement toutes les suites du mariage et s'étend à toute sa durée. Si des changements étaient permis, ils... ouvriraient la porte aux avantages indirects, si contraires à la conservation des biens dans les familles. »

On dit quelquefois que l'habitude de considérer le contrat de mariage comme un pacte familial s'atténua graduellement au cours du XVIII^e siècle et finit par disparaître à la suite d'un arrêt de règlement du 17 mai 1762 qui refusa de voir dans les conventions de mariage un contrat entre les deux familles (33). Mais il semble que cet arrêt de 1762 n'eut pas la portée absolue qu'on cherche ainsi à lui attribuer, et que le contrat de ma-

(26) *Intersunt parentes et propinqua munera probant* (Tacite, De mor. germ., 18).

(27) BEAUMANOIR, *Cout. Beauv.*, 34-49; — *Cout. Bourgogne*, art. 26; — *Cout. Normandie*, art. 262.

(28) Arrêts, Cent. 1^{re}, chap. 98 n° 12.

(29) Jean TRONÇON, *Droit français et coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, tit. XI, Des douaires, art. 258, Contre-lettres nulles en mariage et comment.

(30) « Elles (les conventions matrimoniales) regardent l'intérêt des enfants à naître, l'honnêteté publique et l'Etat. » (BOUHIER, sur la *Cout. de Bourgogne*, chap. XXI, n° 157).

(31) Sur la *Cout. de Paris*, art. 258, 8.

(32) Cf. *Nouveaux commentaires sur les Coutumes générales des pays et duché de Berri* par Gaspard THAUMAS DE LA THAUMASSIÈRE (1701), p. 242. « Les conventions matrimoniales, comme étant les lois inviolables des familles qui lient avec plus de poids et d'autorité la volonté des hommes, doivent être fidèlement et ponctuellement exécutés et tenus. »

(33) V. notamment KUNTZ, *Origine de l'art. 1395, Rev. gén. de droit, de législation et de jurisprudence*, 1883-1884, précité.

riage ne cessa pas d'apparaître comme une charte familiale qui devait être, à ce titre, intangible.

Les anciens auteurs font valoir encore la nécessité de protéger les époux contre leur propre passion. « Il arriverait », dit joliment Louet, « qu'un homme pris d'amour se dépouillerait de toute sa substance » (34). La prétendue modification des conventions matrimoniales ne serait alors autre chose qu'une libéralité obtenue par l'abus d'influence de l'un des époux sur son conjoint.

« L'honnêteté publique » et l'intérêt de l'Etat sont invoqués par Ferrière (35), par Bouhier (36), et Leprestre (37) écrit : « Les contrats de mariage sont de droit public, et concernent non seulement ceux qui les font, mais les familles, la parenté, même l'Etat. »

Il apparut aussi de bonne heure que l'immutabilité est une garantie de « repos des mariages ». On crut — non sans raison — que le meilleur moyen de maintenir la concorde entre les époux et d'éviter entre eux les luttes d'intérêts était de fixer une fois pour toutes le sort de leurs biens. On attachait dans l'ancien droit le plus grand intérêt à « l'amitié » entre les époux, et donc aux moyens de la soutenir, à cause de la dignité du lien conjugal formé par le sacrement de mariage.

Les jurisconsultes et les Parlements firent appel, avec subtilité, à la notion chrétienne d'indissolubilité du lien conjugal pour justifier l'immutabilité des conventions matrimoniales. « Le mariage étant indissoluble, les conventions et pactions en doivent être irrévocables, parce que ce contrat n'est pas seulement des choses et des biens, mais aussi des personnes qui s'unissent », lisons-nous dans Leprestre (38). Et un arrêt du Parlement de Paris d'avril 1677 retient comme motif : « ... la connexité qu'il y a entre le mariage, qui est indissoluble après qu'il a été une fois célébré, et les conventions sous lesquelles il a été contracté, lesquelles doivent être de même nature ».

On sait assez quelle influence l'Eglise, jugeant et légiférant,

(34) LOUET, lettre C., som. XXVIII, n° 2.

(35) FERRIÈRE, t. III, tit. X, art. 224, p. 365.

(36) BOUHIER, *Sur la Coutume de Bourgogne*, chap. XXI, n° 157.

(37) LEPRESTRE, *Arrêts*, Cent. 1^{re}, chap. 98.

(38) LEPRESTRE, *Arrêts*, Cent. 1^{re}, chap. 98.

exerça sur la formation de tout notre droit matrimonial (39). Habituant nos ancêtres à considérer le mariage comme un sacrement et le statut de l'association conjugale comme « l'accomplissement d'un plan naturel et divin du mariage » (40), elle fit admettre le grand principe de l'indissolubilité du lien conjugal. L'immutabilité des conventions matrimoniales parut sans peine, étant donné les idées du temps, une sorte de reflet de cette indissolubilité du lien conjugal. Mais, au moment où le principe d'immutabilité fut élaboré, l'influence de l'Eglise sur le droit avait diminué, et les juridictions royales avaient réaffirmé leur compétence quant aux causes matrimoniales. Il ne faudrait donc pas croire que l'Eglise chercha effectivement, après avoir consacré l'indissolubilité des liens du mariage, à rendre immuable le pacte qui réglait les conditions pécuniaires de l'union conjugale. Ce sont les magistrats et les jurisconsultes qui ont fait appel à la croyance et à la tradition chrétiennes pour justifier une règle qui convenait à leur esprit conservateur. L'indissolubilité du lien conjugal a pu, en effet, contribuer à maintenir l'unité du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, par exemple en lui fournissant une nouvelle raison d'être dans les pays où la prohibition des donations entre époux était inconnue, ou encore en se joignant à la force de la tradition pour faire maintenir l'interdiction de diminuer ou de restituer la dot au cours du mariage, lorsque le droit de Justinien, où cette interdiction avait été supprimée, fut introduit en France.

Parmi ces diverses influences signalées par les anciens auteurs, il nous semble impossible de dire avec certitude laquelle joua, dans la formation du principe d'immutabilité, le rôle prépondérant. La paix des ménages, l'intérêt des époux, « l'honnêteté publique », paraissent au second plan. Mais la prohibition des donations entre époux s'est rencontrée avec la tradition germanique du contrat pacte de famille et la notion chrétienne d'indissolubilité du mariage, de telle sorte que ces trois influences semblent avoir contribué dans une mesure

(39) ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, t. I, chap. I^{er} (pp. 1 à 66).

(40) Charles LEFEBVRE, *Leçons d'introduction à l'histoire du droit matrimonial français*, p. 36.

presque égale à l'établissement du principe d'immutabilité. La formule que lui ont donnée les magistrats, les raisons que les jurisconsultes ont invoquées pour le justifier ont été inspirées par les idées et les mœurs qui sont, en définitive, la source profonde de tout droit familial.

Il faut remarquer toutefois que, dans l'ancien droit, en raison de la multiplicité des motifs que lui reconnaissaient les jurisconsultes, le principe d'immutabilité n'eut pas d'abord une portée uniforme et absolue. Ainsi ceux de nos anciens auteurs qui insistaient sur l'idée du contrat pacte de famille autorisaient les contre-lettres si elles étaient faites en présence des parents. Ferrière, qui appuyait l'interdiction des conventions nouvelles sur l'idée de conservation des biens dans les familles, soutenait que les contre-lettres antérieures au mariage devaient être poursuivies avec autant de rigueur que les changements faits après la célébration (41). La portée du principe s'unifia et se précisa peu à peu et, dans Pothier, il apparaît presque aussi strict que dans le Code Civil (42).

Il ne faut pas oublier non plus que l'authenticité du contrat de mariage ne date guère que du xvii^e siècle. Même après cette époque, on le faisait encore sous seings privés en Normandie, en Poitou et en Alsace, et il y avait, ailleurs, de nombreuses fraudes. Malgré les précautions prises par les Parlements, la faculté de rédaction des contrats de mariage sous seings privés, puis les fraudes à l'obligation d'authenticité entravèrent singulièrement en fait dans tout l'ancien droit la stricte application du principe d'immutabilité.

Les rédacteurs du Code civil adoptèrent le principe élaboré par notre droit coutumier. Berlier, Duveyrier, Siméon, chargés, l'un de présenter au Corps législatif le projet du titre du Code relatif au contrat de mariage, les autres de faire rapport sur ce projet au Tribunat et au Corps législatif (42), s'attachèrent surtout à justifier le point discuté du projet, le choix de la communauté comme régime légal, et à proclamer — non sans

(41) V. Louis HENRY, *De l'immutabilité des conventions matrimoniales*, thèse, Paris, 1904.

(42) POTHIER, *Introduction au Traité de la communauté*, II, 12, 18.

(43) FENET, t. XIII, p. 667 et suiv. ; — LOCRÉ, Leg., XIII, p. 227, n° 8, et p. 453, n° 15.

emphase ! — la nécessité de la liberté des conventions matrimoniales. Quant au principe d'immutabilité, ils se bornèrent à indiquer en quelques mots les motifs de son maintien ; aucune critique ne s'éleva contre leurs propositions. Il ne fut pas question de la prohibition ancienne des donations entre époux, ni de leur validité sous la réserve essentielle de la faculté de révocation qui venait d'être reconnue ; il n'est pourtant pas douteux que la révocabilité des donations entre époux eut une grande influence sur le maintien du principe d'immutabilité. Siméon rappela les raisons de l'adoption du principe dans l'ancien droit : la sûreté réciproque des époux, celle des parents et des tiers. Berlier invoqua seulement l'intérêt des tiers. « L'utilité de ces dispositions », dit-il, parlant des articles 1394 et 1395, « sera facilement sentie. Elles ont pour objet d'empêcher les fraudes envers les tiers dont le passé n'a offert que trop d'exemples. Le gouvernement entre certainement dans vos vues toutes les fois qu'il enlève à la mauvaise foi un de ses nombreux asiles ou qu'il en rend l'accès plus difficile. » Ce souci — légitime — de la protection due aux tiers n'est d'ailleurs pas sans surprendre de la part de législateurs qui ne songèrent pas à organiser la publicité du contrat de mariage.

Si le principe d'immutabilité du régime matrimonial ne souleva pas d'objection, il est certain qu'il parut essentiel aux rédacteurs du Code. Ceux-ci ont eu le désir d'assurer la stabilité des rapports pécuniaires entre époux. Sans parler des articles 1394 et 1395, ce désir se révèle dans la discussion sur l'article 1443 qui prohibe les séparations de biens volontaires, par la réglementation des causes autorisant la séparation de biens judiciaire, par le souci des mesures à prendre pour ne pas compromettre les intérêts des créanciers.

Il se manifeste dans l'organisation du régime qui a toutes les préférences des auteurs du projet (le régime de communauté), par le soin de maintenir, en particulier au moyen de la subrogation réelle et des récompenses, l'équilibre constant entre les divers groupes de biens que suppose le régime légal.

Le principe d'immutabilité est lié, croyons-nous, à toute cette économie des rapports pécuniaires entre époux. Il est lié à la protection des enfants du premier lit, dont les transfor-

mations possibles du régime matrimonial aggraveraient la difficulté. Il est dans un rapport étroit surtout avec la révocabilité des donations entre époux ; la faculté de modifier les conventions matrimoniales au cours du mariage permettrait aux conjoints de se jouer aisément de cette règle traditionnelle de notre droit matrimonial et familial.

Etabli par une longue tradition historique, lié à l'ensemble des dispositions du Code relatives aux rapports pécuniaires des époux, que devient en droit moderne le principe de l'immutabilité du régime matrimonial ?

Le législateur l'a seulement formulé, laissant aux tribunaux, éclairés par la doctrine, le soin d'en déterminer la portée, en s'inspirant de ses raisons d'être traditionnelles. Ces raisons d'être conservent-elles aujourd'hui leur valeur ? L'immutabilité du régime matrimonial n'est-elle pas, au contraire, en un tel désaccord avec les idées présentes qu'il convienne de l'effacer de notre loi civile ? Cette question de la valeur actuelle du principe d'immutabilité ne peut être discutée avant la fin de notre étude. Toutefois, il est bon d'indiquer dès maintenant que deux tendances opposées se révèlent dans la doctrine, la jurisprudence et la législation modernes.

On considère traditionnellement que le principe d'immutabilité est conforme aux intérêts des époux, de la famille et des tiers (44).

Il évite dans les ménages ces discussions d'intérêts si nuisibles à la bonne entente conjugale, déjà trop facilement compromise aujourd'hui. Il assure le respect d'un statut pécuniaire établi avant le mariage avec des garanties certaines d'indépendance. Malgré l'évolution des mœurs, la femme, dans les milieux où l'aisance — au moins relative — pose la ques-

(44) En ce sens. LAURENT, *Principes du droit civil français*, t. XXI, n° 205; — RODIÈRE et PONT, *Traité du contrat de mariage*, I n°s 149 et suiv.; — GUILLOUARD, *Traité du contrat de mariage*, I, n° 99; — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, *Traité de droit civil, Du contrat de mariage*, I, p. 81; — AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., t. V, § 503 bis; — PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VIII, *Les régimes matrimoniaux*, par M. NAST, n° 53; — JOSSE-RAND, *Cours de droit civil positif français*, III, n° 438; — SAVATIER, *Portée et valeur du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales*, Rev. trim., 1921, p. 93 et suiv.

tion de la variabilité du régime, se désintéresse souvent en pratique de ses intérêts pécuniaires et de ceux du ménage ; il demeure prudent d'éviter que son inexpérience encore trop fréquente des affaires ne la conduise à compromettre sa fortune personnelle en cédant aux instances d'un mari en qui elle a confiance. Il est sage de protéger contre lui-même le mari, qui en a parfois besoin ; un homme « pris d'amour » n'a pas cessé, depuis le xvii^e siècle, d'être fortement tenté de se dépouiller de son bien.

Si, depuis longtemps, le contrat de mariage n'est plus, en droit, un pacte de famille, les convenances sociales lui ont, en fait, même de nos jours, maintenu ce caractère. Les parents ou les ascendants des conjoints donnent leur avis sur le régime choisi ; ils s'imposent souvent de lourds sacrifices pour doter les époux et ne les consentent qu'en raison du régime adopté ; leur sagesse et leur volonté doivent être respectées. D'autre part, le principe d'immutabilité contribue à assurer, dans toute la mesure possible, l'intégrité des droits des enfants sur le patrimoine familial, ces droits étant déterminés par la combinaison des stipulations matrimoniales avec les règles de dévolution héréditaire.

Enfin, l'immutabilité du régime matrimonial protège les intérêts des tiers. Les pouvoirs des époux, la condition juridique de leurs biens, les droits de leurs créanciers personnels et des créanciers du ménage dépendent du régime adopté. La capacité de la femme en dépend aussi, du moins en partie, et ceci ne cesse pas d'être vrai malgré la loi du 18 février 1938, car, si la femme a désormais, en principe, le plein exercice de sa capacité civile, l'article 215 nouveau décide expressément que « des restrictions à cet exercice peuvent résulter du régime matrimonial adopté ». L'interdiction de modifier ce régime au cours du mariage évite donc l'incertitude dans les rapports des époux avec les tiers, et assure la sécurité des transactions.

Malgré ces considérations traditionnelles, l'atmosphère actuelle n'est guère favorable au principe d'immutabilité. Il semble étrange que les liens pécuniaires accessoires au mariage soient plus indissolubles en quelque sorte que les liens mêmes du mariage, et l'on supporte mal aujourd'hui les entraves à la liberté, surtout lorsqu'elles sont permanentes.

Dès 1880, M. Kuntz soutenait que le principe d'immutabilité, justifié, selon lui, dans l'ancien droit, par l'idée de conservation des biens dans les familles et l'indissolubilité du lien conjugal, avait perdu, lors de la rédaction du Code, ses deux raisons d'être fondamentales.

Ces critiques ont été reprises et développées de nos jours, surtout par MM. A. Colin et Capitant. Les considérations habituellement invoquées ne suffisent pas, dit-on, à justifier le maintien d'une règle aussi gênante que l'immutabilité. Les intérêts des tiers peuvent être facilement sauvegardés au moyen d'un système de publicité. La crainte d'un abus d'influence du mari sur la femme est une idée périmée et sans valeur, les contrats entre époux étant autorisés en principe sans qu'une intervention protectrice soit exigée pour la femme. L'intérêt de la famille et des constituants de la dot est respectable, mais ne doit pas faire perdre de vue celui des époux, qui est primordial et dominant. « Or, n'est-il pas absurde d'imposer à des gens qui se marient une charte intangible, immuable, qui les régira durant toute leur vie, alors que l'expérience peut montrer les vices ou les lacunes du contrat, alors que les changements dans la situation pécuniaire des époux peuvent exiger une modification des accords primitifs? » (45).

L'immutabilité du régime matrimonial entrave la conclusion entre époux d'opérations juridiques qui pourraient être fort utiles. Contraire dans de nombreux cas aux intérêts des ménages, elle est inutile et inopportune. Toute une campagne en faveur de la suppression de l'article 1395 se fonde ainsi sur le fâcheux état des époux paralysés dans leur activité par la « cristallisation » de leurs conventions matrimoniales primitives (46).

Reprenant ces critiques doctrinales, M. de Monzie a déposé,

(45) COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, III, p. 29.

(46) V. notamment SALEILLES, *Bulletin Société de législation comparée*, 1909, p. 152; — SPINANE, *Modification possible de l'article 1395 du Code civil français*, thèse, Paris, 1912; — HUGOT, *Etude critique du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales*, thèse, Paris, 1913.

en 1930, sur le bureau de la Chambre, une proposition de loi tendant à la suppression du principe d'immutabilité (47).

Ces divergences d'opinions font apparaître l'intérêt pratique attaché à l'étude du principe d'immutabilité. Le sujet n'est pas nouveau ; bien des études déjà lui ont été consacrées (48), mais elles sont assez anciennes pour ne nous avoir pas découragé d'en entreprendre un nouvel examen. La suppression de principe de l'incapacité de la femme mariée, qui doit entraîner logiquement une réforme des dispositions relatives aux régimes matrimoniaux, rend d'ailleurs actuelle cette question classique.

Nous nous proposons d'étudier dans une première partie — de beaucoup la plus importante — le principe de l'immutabilité du régime matrimonial en droit civil positif, sa portée d'application, sa sanction, ses limites.

Eclairés ainsi sur ses conséquences et sa nature, il nous semble intéressant de rechercher ensuite quel est, en droit international privé, le caractère du principe d'immutabilité, et quelle est, par conséquent, la loi à laquelle il convient de le rattacher en cas de conflit ; ce sera l'objet de la seconde partie de notre travail.

Comparant les avantages et les inconvénients du principe, il nous restera à examiner, en conclusion, s'il doit être abandonné, ou si, au contraire, son maintien est justifié.

(47) Doc. parl., Chambre, annexe n° 3494, sess. ord. 1930, p. 959.

(48) V. entre autres : *De l'immutabilité des conventions matrimoniales*, H. KUNTZ, thèse, Dijon, 1881 ; — *L'immutabilité des conventions matrimoniales*, Paul DELEPOULLE, thèse, Lille, 1894 ; — *Effets et sanctions de l'immutabilité des conventions matrimoniales*, Louis JACQUET, thèse, Paris, 1902 ; — *De l'immutabilité des conventions matrimoniales*, Louis HENRY, thèse, Paris, 1904 ; — *Etude sur le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales*, Louis GUÉRIN, thèse, Paris, 1906 ; — *Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales et les législations étrangères*, BUSILA, thèse, Paris, 1907 ; — *De l'immutabilité des conventions matrimoniales en droit coutumier*, G. THUILLIER, thèse, Paris, 1910 ; — *Modification possible de l'article 1395 du Code civil français*, SRINANE, thèse, Paris, 1912 ; — *Etude critique du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales*, André HUGOT, thèse, Paris, 1913 ; — *De l'immutabilité des conventions matrimoniales*, Nicolas FOTINO, thèse, Paris, 1917 ; — *De l'application de l'immutabilité des conventions matrimoniales aux donations faites par contrat de mariage*, TESTARD, thèse, Rennes, 1920.

PREMIÈRE PARTIE

LE PRINCIPE DE L'IMMUTABILITÉ DU RÉGIME MATRIMONIAL EN DROIT CIVIL POSITIF

Le principe de l'immuabilité du régime matrimonial, édicté par les articles 1394 et 1395 du Code civil, est, en France, une règle essentielle du droit matrimonial.

Nous avons cru en donner une idée générale exacte en disant qu'il interdit d'apporter au cours du mariage aucun changement au régime légal ou aux stipulations du contrat de mariage.

Avant de l'étudier tel qu'il se présente en droit civil positif français, il est bon de préciser la notion que les auteurs et les tribunaux se font des conventions qui doivent lui être soumises et que les articles 1394 et 1395 appellent, sans les définir, « les conventions matrimoniales ».

Les conventions matrimoniales sont d'abord — et essentiellement — toutes les clauses du contrat de mariage qui ont pour objet d'établir les règles applicables à la société conjugale quant aux biens, de déterminer la condition juridique de ceux-ci, leur administration, de fixer les bases de la liquidation des droits respectifs des époux et du partage lors de la cessation de la vie commune.

Si les époux n'ont pas rédigé de contrat de mariage, toutes ces règles sont établies par la loi. Le régime légal peut être considéré — et il l'est habituellement — comme un régime

conventionnel tacite, ou comme un régime imposé par le législateur. Ses règles n'en constituent pas moins, au point de vue spécial de notre étude, des conventions matrimoniales, et il résulte de la combinaison des articles 1394 et 1395 qu'elles sont immuables comme les clauses du contrat de mariage ayant le même objet.

Les donations souvent insérées au contrat de mariage et faites aux époux sont-elles des conventions matrimoniales tombant sous le coup de l'article 1395 ? On l'admet en général. La tradition historique est en ce sens (1). Pothier cite comme exemple des conventions qui se trouvent le plus ordinairement dans un contrat de mariage les institutions contractuelles, les donations entre époux, et il ajoute : « Elles sont confirmées par la célébration et il n'est plus permis aux époux d'y déroger, même par leur consentement mutuel » (2). L'article 1398 du Code civil assimile, quant à la capacité du mineur, les donations par contrat de mariage aux conventions matrimoniales. La pratique démontre que ces libéralités sont bien faites seulement en vue du mariage et de ses conséquences puisque les donateurs les assortissent presque toujours d'une clause de retour au cas de prédécès du donataire sans enfants.

La majorité de la doctrine (3) regarde les donations par contrat de mariage comme des conventions matrimoniales. Cependant, si M. Nast se rallie à l'opinion dominante dans le *Traité pratique* de Planiol et Ripert (4), ceux-ci déclarent dans leur *Traité élémentaire* de droit civil que l'extension du principe d'immutabilité aux donations par contrat de mariage peut prêter à critique, ces donations n'étant pas des conventions de mariage (5). M. Martin fait aussi quelques réserves

(1) SERRES, *Inst.*, liv. II, titre XIV; — MERLIN, *Nouveau Répertoire*, V^o *Conventions matrimoniales*.

(2) POTHIER, *Introd. à la Communauté*, § 3.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, *Tr. du c. de m.*, t. I, n^o 101; — AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., t. V, § 503 bis, texte et notes 10 bis et 11; — LAURENT, t. XXI, n^o 72; — COLIN et CAPITANT, 5^e éd., t. III, p. 28.

(4) PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat. de droit civil français*, *Les régimes matrimoniaux*, t. VIII, par M. NAST, n^o 54.

(5) PLANIOL et RIPERT, *Tr. élém.*, 10^e éd., t. III, n^o 817. — Cf. NAST, *Rev. crit.*, 1925, p. 254.

et ne souscrit pas absolument à la formule générale (6). Il relève entre les donations par contrat de mariage et les conventions matrimoniales une double différence ; les donations par contrat de mariage, échappant à la règle « donner et retenir ne vaut » peuvent être faites sous les conditions les plus variées, même sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur (art. 1086) ; elles comportent dans certains cas pour le donataire une faculté d'option qui peut en modifier radicalement le titre et l'objet (art. 1084).

L'adjonction de telles conditions, la possibilité de telles options ne se rencontrent pas lorsqu'il s'agit de conventions matrimoniales. Selon M. Bartin, la donation par contrat de mariage contient à la fois une convention matrimoniale, soumise à la règle d'immutabilité, et une libéralité, soumise à la règle d'irrévocabilité. Il peut arriver que les conséquences des deux règles soient différentes et même contradictoires ; par exemple, l'immutabilité des conventions matrimoniales ne va pas jusqu'à en interdire la modification par testament, au contraire la libéralité matrimoniale ne peut être modifiée par une disposition testamentaire, car l'exceptionnelle faveur dont l'entoure la loi a pour effet de lui imprimer un caractère rigoureusement définitif et irrévocable. Dans les cas semblables à celui-ci, où les conséquences de l'immutabilité et de l'irrévocabilité s'opposent, il faut suivre, poursuit M. Bartin, les conséquences de l'irrévocabilité, « car la libéralité matrimoniale présente un caractère d'institution familiale que la convention matrimoniale, qui a pour objet la réglementation temporaire des intérêts pécuniaires d'un ménage, ne présente pas ». La théorie de M. Bartin ne semble pas avoir été suivie.

En tout cas, la jurisprudence soumet simplement au principe d'immutabilité comme conventions matrimoniales les donations contenues dans le contrat de mariage (7). S'attachant plus à l'esprit qu'à la lettre de l'article 1395, elle l'applique même à des donations qui ne sont pas contenues au

(6) BARTIN SUR AUBRY et RAU, 5^e éd., t. VII, § 503 *bis*, texte et notes 10 *bis* et 11.

(7) Cass., 4 décembre 1867, D. 67. 1. 455 ; — Cass., 28 mars 1866, D. 66. 1. 396 ; — Cass., 13 juillet 1886, D. 86. 1. 462 ; — Req., 23 juin 1887, D. 87. 1. 449 ; — Rouen, 4 avril 1928, D. 1929. 2. 59.

contrat de mariage, mais qui ont été faites « en vue du mariage », ainsi, au don manuel fait pour procurer à la future épouse la dot exigée par l'autorité militaire (8), à la donation faite à la future épouse par sa mère naturelle qui a préféré ne pas paraître au contrat de mariage (9). La jurisprudence demeure, même aujourd'hui, résolument favorable au principe d'immutabilité ; voici une première manifestation de cette tendance, nous aurons d'autres occasions de la constater.

Il arrive assez souvent que le contrat de mariage contienne des conventions accessoires étrangères à l'organisation de la société conjugale et qui ne sont pas des libéralités : un bail, une vente, une reconnaissance d'enfant naturel, l'autorisation donnée à la femme de faire le commerce (10). De telles conventions ne sont pas des conventions matrimoniales et il ne saurait être question de les soumettre au principe d'immutabilité.

Il est possible, toutefois, qu'en raison de leur insertion au contrat de mariage et suivant l'intention commune des parties révélée à ce contrat, un lien apparaisse entre le mariage et ces conventions. Une espèce de ce genre fut déférée autrefois à la cour de Nîmes (11) : les époux avaient consenti au cours du mariage la remise du loyer d'un immeuble qu'ils avaient donné en location aux parents de la femme par un bail inséré au contrat de mariage. La Cour de Nîmes annula la remise comme constituant une modification aux conventions matrimoniales. Sa décision fut critiquée par la doctrine ; juridiquement, elle n'était pas justifiée. Le bail n'était pas lié aux autres clauses du contrat de mariage de telle sorte que sa modification entraînant un changement au régime matrimonial comme cela aurait eu lieu par exemple si, en vertu du contrat, les fermages avaient appartenu au mari à titre de fruits pour supporter les charges du ménage. Autant qu'un sommaire d'arrêt permette de reconstituer les faits, il n'y avait entre le bail et les conventions matrimoniales qu'un lien moral ; la Cour

(8) Limoges, 13 juillet 1878, D. 79. 2. 181; S. 78. 2. 269.

(9) Req., 23 juin 1887, D. 87. 1. 449.

(10) Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 251; — Bordeaux, 12 novembre 1873, S. 74. 2. 193.

(11) Nîmes, 7 février 1852, D. 55. 5. 112.

de Nîmes l'a jugé à tort suffisant pour justifier l'application de l'article 1395.

Un arrêt de la Cour de Grenoble du 21 mars 1922 (12), qui est à l'abri des critiques élevées contre l'ancien arrêt de Nîmes, car la Cour a formellement écarté l'application de l'article 1395, révèle cependant la même tendance de la jurisprudence à faire participer en quelque sorte les conventions annexes jointes au contrat de mariage à l'immutabilité des conventions matrimoniales proprement dites. Il s'agissait d'une de ces « conventions de ménage » assez fréquentes par lesquelles les futurs époux et leurs parents conviennent qu'ils travailleront en commun et partageront les produits d'une exploitation agricole. Une communauté de travail et d'habitation avait été stipulée entre les futurs époux et les parents du mari. Quelques années plus tard, ceux-ci demandèrent la cessation de ladite communauté, sans invoquer d'autre motif que leur propre volonté et leur intérêt présent. La Cour de Grenoble déclare que le contrat litigieux n'est pas soumis à l'immutabilité des conventions matrimoniales. Mais elle ajoute : « Attendu que la situation qui en résulte a été évidemment prise en considération par M... fils au moment où il se disposait à fonder une famille..., qu'eu égard aux circonstances dans lesquelles le contrat litigieux est intervenu, et à raison des obligations et des avantages réciproques qu'il engendre, il présente un caractère de fixité qui ne permet ni à l'une ni à l'autre des parties de le rompre par sa seule volonté et sans motif sérieux ». D'après la suite de l'arrêt, ces motifs sérieux n'auraient pu être que l'inexécution de l'obligation de travail stipulée ou l'impossibilité reconnue du travail en commun. Ainsi, du fait que la convention d'association à durée indéterminée est en relation avec les conventions matrimoniales, elle prend, selon l'arrêt de la Cour de Grenoble, une fixité exceptionnelle (13), car, de droit commun, un associé peut se retirer d'une société à durée illimitée sous la seule condition d'être de bonne foi et de ne pas agir à contretemps. En statuant comme il a été dit, la Cour de Grenoble n'a pas fait, — ne pouvait pas faire — ap-

(12) Grenoble, 21 mars 1922, *Répert. gén. du notariat et de l'enregistrement*, 1922, I, p. 331, art. 20082; — *J. des notaires*, 1924, p. 50.

(13) GAUDEMENT, *Rev. trim. de droit civil*, 1922, p. 883.

plication de l'article 1395, mais son interprétation de la volonté des parties montre assez quelle importance fondamentale elle attache au principe d'immutabilité, puisqu'elle le fait réagir sur une convention qui avait été stipulée seulement, suivant ses propres termes, « à l'occasion » du contrat de mariage et qui était, en droit, indépendante du régime matrimonial.

Le régime légal mis à part, les conventions matrimoniales peuvent donc, d'après la doctrine et la jurisprudence, être définies les conventions d'ordre pécuniaire faites en vue du mariage (14), soit qu'elles aient pour objet propre d'établir le statut pécuniaire du ménage, soit — et ceci vise surtout les donations — qu'elles aient pour motif, selon l'expression de la Cour de Cassation « de resserrer les liens de la communauté conjugale » (15). Seules, les conventions de cette nature doivent être soumises au principe d'immutabilité. Mais il sera sage, en pratique, de tenir compte de la faveur dont jouit le principe en jurisprudence, et de prévoir qu'une convention annexe jointe au contrat de mariage, pourra, devant les tribunaux, subir son influence.

Nous devons maintenant rechercher les effets et les limites du principe d'immutabilité quant aux conventions matrimoniales ainsi définies. Il interdit d'apporter à ces conventions aucun changement après la célébration du mariage. Quels sont ces changements visés par l'article 1395, ces actes prohibés, et quels sont au contraire les actes qui demeurent compatibles avec l'interdiction de modifier les conventions matrimoniales ? Quel est le domaine d'application du principe d'immutabilité quant aux personnes et quant au temps ? Quelle en est la sanction ? Supporte-t-il des tempéraments ?

Pour étudier ces questions, nous diviserons cette première partie en cinq chapitres :

CHAPITRE I. — Portée d'application du principe d'immutabilité quant aux actes ;

(14) Cf. TESTARD, *De l'application de l'immutabilité des conventions matrimoniales aux donations faites par contrat de mariage*, thèse, Rennes, 1920.

(15) Cass. Req., 9 novembre 1824, Dall., J. G., V° contrat de mariage, n° 324.

CHAPITRE II. — Portée d'application du principe d'immutabilité quant aux personnes ;

CHAPITRE III. — Portée d'application du principe d'immutabilité quant au temps ;

CHAPITRE IV. — Sanction du principe d'immutabilité ;

CHAPITRE V. — Tempéraments au principe d'immutabilité.

CHAPITRE PREMIER

PORTÉE D'APPLICATION DU PRINCIPE D'IMMUTABILITÉ QUANT AUX ACTES

Le législateur a seulement posé le principe que les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage.

Il a laissé à la jurisprudence, éclairée par la doctrine, le soin de déterminer quels sont les actes passés au cours du mariage soit entre les conjoints seuls, soit entre eux et des tiers, qui constituent de véritables modifications aux conventions matrimoniales. La tâche était difficile, car, malgré le principe d'immutabilité qui leur interdit seulement d'altérer leurs conventions matrimoniales, les époux conservent dans la vie juridique leur liberté d'action. Et ils n'ont pas manqué de l'utiliser pour recourir à des moyens détournés afin de tenter d'échapper aux entraves que leur impose l'art. 1395. Il a fallu que les auteurs et les tribunaux découvrent, parmi ces moyens complexes, l'élément contraire au principe d'immutabilité, et le condamnent sans frapper les époux d'incapacité, et sans porter atteinte au droit qu'ils ont de disposer librement de leurs biens.

L'examen des solutions adoptées va nous conduire à distinguer les actes contraires au principe d'immutabilité et les actes qui demeurent au contraire compatibles avec lui. Nous saurons ainsi dans quelles limites l'interprétation donnée par les tribunaux à l'article 1395 enferme l'activité des époux.

SECTION I

Actes interdits par le principe d'immutabilité

La première conséquence — évidente — du principe d'immutabilité est l'impossibilité pour les époux de changer par leur seule volonté la nature de leur régime matrimonial.

Le principe d'immutabilité leur interdit aussi d'apporter à ce régime une simple modification partielle n'altérant que l'une ou quelques-unes de ses règles.

Les donations contenues dans le contrat de mariage sont immuables comme les autres conventions matrimoniales et il n'est pas permis aux époux de leur apporter certains changements.

Enfin, la jurisprudence trouve dans le principe de l'immutabilité du régime matrimonial un argument en faveur de la nullité des sociétés entre époux.

§ 1^{er}. — CHANGEMENTS VOLONTAIRES DE RÉGIME MATRIMONIAL ; RÉGIMES SUCCESSIFS

I. — Modifications affectant l'ensemble du régime

Les époux ne peuvent pas changer leur régime matrimonial fixé lors de la célébration du mariage par leurs conventions ou par la loi (1).

1) Il est interdit à des conjoints mariés sous le régime de séparation de biens d'abandonner ce régime tant que dure le mariage, et de le remplacer par le régime dotal et inversement. Deux époux mariés sans contrat sous le régime légal de la communauté ne peuvent pas au cours du mariage rédiger un contrat qui écarte le régime légal (2) (art. 1394). La transfor-

(1) Paris, 14 avril 1856, S. 56. 2. 369.

(2) Cass., 14 décembre 1880, D. 81. 1. 310.

mation de la communauté légale en communauté conventionnelle — d'acquêts ou à titre universel — est impossible. La simple adjonction d'une clause, qui, sans constituer un changement du régime, affecte son économie générale, est interdite, ainsi l'adjonction d'une société d'acquêts au régime dotal. Ce ne sont là que des exemples. Il serait facile — et inutile — de les multiplier. Il est rare en pratique que les époux dérogent aussi nettement au principe d'immutabilité. Pour en assurer sur ce point le respect absolu, une Cour d'appel (3) a même refusé d'admettre une inscription de faux tendant à établir qu'un contrat de mariage portant une date postérieure à la célébration du mariage avait, en fait, été rédigé avant le mariage. Suivant l'arrêt, l'article 1395 s'oppose à pareille action « qui aurait pour résultat de substituer rétroactivement la communauté d'acquêts (régime stipulé dans le contrat) à la communauté légale ». La décision est surprenante. Une interprétation aussi stricte de l'article 1395 est contraire en fait aux intérêts des époux et de la famille que le principe d'immutabilité est destiné à protéger ; elle ne se justifie pas en droit, car l'inscription de faux tendait non à modifier les conventions matrimoniales, mais au contraire à les rétablir dans leur véritable teneur.

2) L'article 1443 du Code civil qui édicte la nullité de toute séparation de biens volontaires entre époux communs en biens, et l'article 1563 qui pose la même règle au cas de régime dotal, ne sont que des applications particulières de l'interdiction générale de changer de régime matrimonial. La femme dont la dot est en péril peut se soustraire aux risques que lui font courir les droits conférés sur ses biens à son mari par le régime de communauté ou le régime dotal. Elle est protégée par la loi contre de tels dangers ; il lui suffit de demander en justice la séparation de biens. Mais il n'appartient pas aux époux de réaliser à l'amiable la séparation de leurs intérêts pécuniaires. Le Code exige une décision de justice, entourée même d'une publicité spéciale, pour protéger les droits des créanciers. Une séparation amiable faite sans cause sérieuse et à l'insu de tous, mettrait frauduleusement les revenus, peut-

(3) Pau, 3 mars 1909, S. 1910, 2. 77.

être importants, de la femme à l'abri des poursuites des créanciers du mari.

3) Sous certaines conditions d'authencité et de publicité, l'article 1451 donne aux époux séparés de corps et de biens ou de biens seulement la faculté de rétablir la communauté ayant existé entre eux. Il y a là une atteinte à la prohibition des changements volontaires de régime matrimonial, mais la loi, qui l'autorise, prend soin de la limiter. Les époux sont libres de demeurer sous le régime de séparation de biens, ou de revenir à leur communauté primitive ; dans cette mesure, le principe d'immutabilité cesse de les obliger. Mais, d'une part, la convention qui rétablit la communauté a un effet rétroactif ; la communauté revit dès le jour du mariage, la séparation de biens est effacée, seuls les droits acquis par les tiers subsistent. D'autre part, si les époux décident de reprendre la communauté, ils doivent la reprendre telle qu'elle était réglée antérieurement soit par la loi, soit par leur contrat de mariage. Toute convention par laquelle ils la rétabliraient dans des conditions différentes est nulle (art. 1451, *in fine*) : ceci afin d'éviter que les époux n'aient recours à une séparation de biens pour éluder le principe d'immutabilité du régime matrimonial (4). Si une modification à la communauté antérieure est introduite, sur quoi porte la nullité ? Il semble bien que la convention entière de reprise de communauté soit frappée de nullité par la disposition de l'article 1451 (5). Cependant, plusieurs auteurs pensent que la seule partie modifiée doit être annulée ; mais ils reconnaissent que, si les conjoints ont subordonné à cette modification le rétablissement de leur communauté, la nullité de la clause prohibée entraîne celle de la convention entière (6). Cette opinion est conforme à la théorie jurisprudentielle fameuse de la cause impulsive et déterminante, élaborée pour les donations et testaments.

(4) Req., 27 décembre 1893, D. 94. 1. 391, n. de Loynes.

(5) LAURENT, t. XXII, n° 358 ; — GUILLOUARD, *Tr. du c. de m.*, III, n° 1234 ; — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n° 983 ; — TROPLONG, II, n° 1470.

(6) RODIÈRE et PONT, III, nos 2235 et 2236 ; — AUBRY et RAU, 5^e éd., t. VIII, § 516, texte et note ; — COLIN et CAPITANT, III, p. 179 ; — Cf. PLANIOL, RIPERT et NAST, t. IX, n° 730 ; — JOSSERAND, t. III, n° 247.

4) Pour le même motif : éviter que les époux n'utilisent un moyen indirect pour changer de régime matrimonial malgré l'article 1395, l'article 295 interdisait autrefois aux époux divorcés qui se remariaient d'adopter un régime matrimonial autre que celui de leur première union. La règle était semblable à celle que pose l'article 1451 au cas de rétablissement de la communauté entre époux séparés de biens. Mais la loi du 4 janvier 1930, qui autorise par ailleurs dans tous les cas la réunion des époux divorcés, a supprimé purement et simplement l'alinéa de l'article 295 relatif aux nouvelles conventions matrimoniales. Les époux divorcés qui se remarient sont donc libres désormais d'adopter le régime de leur choix.

Ceci est une exception au principe d'immutabilité, que nous étudierons avec les autres. La loi du 4 janvier 1930 est la seule loi récente qui ait traité directement au principe d'immutabilité, et elle lui fait échec. Cependant, l'atteinte qu'elle lui porte, si elle est nette, est légère, car, après le divorce, il y a — civilement — un nouveau mariage et non pas une simple réconciliation.

II. — Régimes successifs

Les époux ne peuvent pas, au cours du mariage, changer de régime matrimonial. Mais peuvent-ils, dans le contrat rédigé avant le mariage, convenir qu'ils seront soumis à des régimes successifs, dont l'établissement sera subordonné à un terme ou à une condition ? Ces stipulations peuvent présenter des avantages. On conçoit par exemple que des parents désirent imposer à de jeunes époux le régime dotal pendant les cinq ou six premières années de leur mariage pour laisser au mari le temps d'acquérir une expérience qui lui permettra ensuite d'administrer la communauté, ou que les époux désirent adopter le régime de séparation de biens, mais l'abandonner en faveur de la communauté s'il leur survient un enfant. Il semble que les motifs du principe d'immutabilité n'interdisent pas de semblables conventions. Le mariage n'étant pas célébré, il n'y a pas à redouter l'abus d'influence de l'un des époux, qui suppose la vie commune, ni l'emploi d'un moyen détourné pour échapper à la règle de la révocabilité des donations entre époux puisqu'elle n'oblige pas les fiancés. Les familles ne risquent

pas d'être trompées dans leurs intérêts ou dans leurs désirs puisque leurs membres interviennent au contrat, soit pour habiliter les époux, soit à titre d'auteurs de libéralités. Les tiers, avertis par la mention faite à l'acte de mariage de l'existence du contrat, peuvent connaître facilement les modalités du régime matrimonial et sont mis à l'abri de toute fraude.

La question de la validité des régimes successifs se pose cependant d'une façon un peu différente suivant qu'il s'agit de la stipulation d'un terme ou de celle d'une condition.

1) *Le terme.*

En pratique, les stipulations de terme dans les contrats de mariage sont rares. On cite seulement quelques exemples d'adoption du régime dotal avec stipulation d'inaliénabilité complète des biens dotaux pendant les premières années du mariage ou jusqu'au décès du constituant de la dot (7). Nous n'avons trouvé aucune décision de jurisprudence.

Mais la question de la validité du terme a été très vivement discutée en doctrine. Il existe un texte du Code, l'article 1399, qui interdit de subordonner l'établissement de la communauté à un terme suspensif. « La communauté, soit légale, soit conventionnelle, commence du jour du mariage contracté devant l'officier de l'état-civil ; on ne peut stipuler qu'elle commencera à une autre époque. » Ceci est clair.

Pour les stipulations de terme suspensif retardant l'établissement des régimes autres que la communauté, et pour les stipulations de terme extinctif dans tous les cas, la question reste entière. Et nous ne croyons pas qu'on puisse trouver dans l'article 1399 un argument — d'analogie ou a contrario — pour la résoudre. L'article 1399 ne révèle pas l'opinion des auteurs du Code sur la validité des régimes matrimoniaux à terme ; il s'explique tout simplement par une raison historique, il est destiné à empêcher le retour des stipulations par lesquelles, en souvenir des communautés taisibles, on subordonnait dans l'ancien droit à l'expiration d'un délai d'an et jour l'établissement de la communauté.

(7) Congrès international de droit comparé, Paris, 1900, note ADAM, *Sur le régime matrimonial de droit commun en France.*

Les auteurs favorables à la validité des stipulations de terme (8) font valoir d'autres arguments que le caractère exceptionnel de l'article 1399, qui n'est pas probant. Les conventions matrimoniales sont libres en principe, soutiennent-ils. Le principe d'immutabilité ne s'oppose qu'aux changements intervenant au cours du mariage par la libre volonté des époux ; il ne s'oppose pas à la stipulation de régimes successifs, qui n'est pas contraire aux intérêts qu'il protège.

Les auteurs qui se prononcent contre la validité du terme (9) répondent que les conventions matrimoniales sont libres en principe mais « sauf les dispositions prohibitives du code » (art. 1387) et ils prétendent que l'article 1395 contient une prohibition virtuelle des régimes temporaires (10). Il est évident, dit Planiol (11) — le partisan le plus convaincu de ce système —, que le législateur tient à la stabilité du régime matrimonial ; il n'en autorise la modification que dans des circonstances graves : séparation de corps, annulation du mariage, et, bien qu'il n'ait pas prévu les régimes successifs, on est autorisé à croire qu'il leur est opposé. D'autre part, les événements qui mettent fin aux divers régimes sont prévus en plus d'un article du Code, le terme conventionnel ne figure jamais dans cette énumération. Ce dernier argument, invoqué par Planiol, est sans portée, le terme est un événement exceptionnel qui a pu être omis.

Le premier système est préférable, croyons-nous. Il est impossible, en droit, de se fonder sur l'article 1395 pour condamner l'emploi du terme. La stipulation d'un terme n'est pas prohibée. Cependant, elle comporte des inconvénients pour les époux et des risques pour les tiers, en raison de la modification aux pouvoirs des époux et à la condition de leurs biens qu'elle entraîne ; les avantages qu'elle peut offrir dans certains

(8) RODIÈRE et PONT, I, n° 92 ; — COLIN et CAPITANT, III, p. 34 ; — JOSSE-RAND, 2^e éd., III, n° 445, p. 240.

(9) HUC, IX, n°s 27 et 72 ; — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 47 ; — LAURENT, XXI, n° 206 ; — GUILLOUARD, I, n° 99 ; — PLANIOL et RIPERT, *Tr. élém.*, III, n° 827 ; — PLANIOL, RIPERT et NAST, *Tr. prat.*, t. VIII, n° 56.

(10) PLANIOL, RIPERT et NAST, t. VIII, n° 56.

(11) PLANIOL et RIPERT, *Tr. élém.*, III, n° 827.

cas ne nous paraissent pes contrebalancer ces inconvénients, et, bien qu'elle soit licite, nous ne croyons pas qu'elle soit recommandable.

2) *La Condition.*

Sur la validité de la condition, la controverse renaît. Un point est cependant hors de doute : la stipulation d'une condition potestative, sauf en ce qui concerne les donations par contrat de mariage (art. 943 et 1086), est absolument nulle ; sa validité réduirait à néant le principe d'immutabilité, en laissant le changement de régime matrimonial soumis à la seule et libre volonté des époux (12). La jurisprudence a eu l'occasion d'appliquer cette nullité à certains contrats de mariage du Sud-Ouest reproduisant une clause usuelle dans la Coutume d'Angoumois et aux termes de laquelle les époux stipulaient en même temps une communauté universelle et une communauté d'acquêts, avec faculté pour la femme de renoncer aux deux communautés ou d'accepter l'une ou l'autre à son choix (13).

Mais est-il permis aux époux de stipuler des conditions casuelles ou mixtes, d'adopter, par exemple, le régime de séparation de biens sous la condition que, s'il naît un enfant, ce régime sera remplacé par la communauté ? Les auteurs considèrent volontiers que l'insertion de ces conditions est licite (14). Elles étaient admises dans l'ancien droit (15). Et la condition agit rétroactivement en sorte qu'un seul régime est réputé avoir toujours existé et qu'on ne se heurte pas, comme en ce qui concerne la validité du terme, au prétendu désir du législateur d'assurer l'unité permanente du régime matrimonial.

Malgré la valeur de ces arguments, certains auteurs hésitent

(12) GUILLOUARD, I, n° 98 ; — AUBRY et RAU, 5^e éd., t. VII, § 504, texte et note 10 ; — PLANIOL, RIPERT et NAST, t. VIII, n° 56 ; — COLIN et CAPITANT, III, p. 34.

(13) Bordeaux, 27 juillet 1875, D. 76. 2. 147 ; — Cass., 15 mai 1878, D. 78. 1. 294, S. 78. 1. 449 ; — Bordeaux, 1^{er} juillet 1886, D. 86. 2. 283.

(14) GUILLOUARD, I, n° 98 ; — AUBRY et RAU, 5^e éd., t. VII, § 504 ; — COLIN et CAPITANT, III, p. 34 ; — HUC, IX, n° 27 ; — RODIÈRE et PONT (avec réserves), I, n°s 89 et suiv.

(15) POTHIER, *Communauté*, n° 278 ; — LEBRUN, livre I, chap. III, n° 10 ; — RENUSSEAU, 1^{re} partie, chap. IV, n° 8 ; — DENISART, *Communauté*, n°s 4 et 5.

à reconnaître la validité des régimes conditionnels qu'ils n'osent pas condamner (16). L'autorité de la tradition est faible, dit PLANIOL (17), car le Code civil a donné au principe d'immutabilité une étendue et une rigueur que l'ancien droit n'a pas connues. La rétroactivité de la condition, ajoute M. NAST (18), « n'est au fond qu'un moyen technique d'expliquer certains effets désirables » ; si la condition vient à se réaliser, on ne peut nier qu'en fait, il y aura succession de deux régimes, et qu'un trouble sera jeté dans les rapports des époux avec les tiers.

Nous croyons que le principe de la rétroactivité de la condition impose la validité des régimes conventionnels, à laquelle les termes de l'article 1395 ne s'opposent pas. Mais, bien qu'elle ne soit pas prohibée, la stipulation d'une condition, non plus que celle d'un terme, et pour les mêmes raisons, ne nous paraît devoir être conseillée.

On ne cite en jurisprudence que trois arrêts de la Cour de Colmar (19) relatifs à la question ; ils ont admis la validité d'une stipulation conditionnelle ; les époux avaient adopté la communauté d'acquêts jusqu'au jour où ils seraient investis de la succession de leur père et mère, et à partir de ce moment, la communauté à titre universel. La modalité stipulée était un mélange de terme incertain et de condition potestative puisque la date d'ouverture seule de la succession était inconnue, et que les époux étaient libres d'accepter la succession ou d'y renoncer. Cette sorte de pacte était très usitée, paraît-il, dans une partie de l'Alsace. La Cour de Colmar l'a déclarée valable, incidemment, sans motiver sa décision sur ce point et sans se prononcer sur la validité de principe des régimes conditionnels.

Lorsqu'une condition purement potestative a été stipulée — ou une condition quelconque, si l'on admet qu'elles sont toutes nulles — faut-il décider que, seule, la clause conditionnelle

(16) PLANIOL, RIPERT et NAST, t. VIII, n° 56 ; — Cf. BAUDRY-LACANTINIERE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n°s 47 bis et 91 ; — LAURENT, XXI, n° 207.

(17) PLANIOL et RIPERT, *Tr. élém.*, t. III, n° 827.

(18) PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. VIII par M. NAST, n° 56 *in fine*.

(19) Colmar, 8 mars 1864, D. 64. 2. 85.

illicite doit être annulée, ou au contraire que la nullité de la condition entraîne celle de tout le contrat de mariage ?

La jurisprudence, par des décisions déjà anciennes rendues à propos de stipulations de conditions potestatives, a adopté tantôt l'une (20), tantôt l'autre (21) de ces solutions. Il est probable que, si la question se posait aujourd'hui, elle déciderait, suivant sa tendance générale (22), que la nullité de la condition n'implique celle du contrat que si la condition a joué dans la conclusion de celui-ci, le rôle de « cause impulsive et déterminante ».

Dans certaines thèses (23), on propose une réforme législative validant l'insertion des modalités — terme et condition — dans le contrat de mariage. Les thèses sont riches en propositions de réformes législatives ! Celle-ci donnerait satisfaction à une partie de la doctrine, mais les stipulations de régimes successifs sont si rares qu'il est permis de douter de sa nécessité pratique.

§ 2. — MODIFICATIONS PARTIELLES DU RÉGIME MATRIMONIAL

Les articles 1394 et 1395 ne retirent pas seulement aux époux la faculté de changer à leur gré la nature de leur régime matrimonial. Ils s'opposent à ce qu'une simple modification partielle soit apportée à ce régime, c'est-à-dire que chacune des règles dont l'ensemble le constitue est immuable comme il l'est lui-même.

Ces règles sont relatives soit à la condition juridique des biens, soit aux pouvoirs d'administration des époux, soit à la liquidation consécutive à la dissolution du régime. Nous rechercherons dans ces trois ordres d'idées les actes interdits par le principe d'immutabilité, parce qu'ils constituent un changement aux conventions matrimoniales.

(20) Bordeaux, 1^{er} juillet 1886, D. 86. 2. 283.

(21) Cass., 15 mai 1878, D. 78. 1. 294, S. 78. 1. 449.

(22) V. notamment Req., 13 décembre 1921, D. 1923. 1. 62; — Req., 22 décembre 1930, D. H. 1931. 33, S. 1932. 1. 6; — JOSSERAND, II, n° 739.

(23) Cf. en particulier SPINANE, *Modification possible de l'article 1395 du Code civil français*, thèse, Paris, 1912, *in fine*.

Une courte observation nous évitera, dans ce travail déjà aride, de fastidieuses répétitions. Tout changement aux conventions matrimoniales est prohibé, quelle que soit son importance. Il est donc interdit aux époux, d'une part, de modifier, dans son principe, l'une des règles du régime, d'autre part, d'en écarter l'application dans un cas particulier. Nous ne reviendrons pas, dans chaque hypothèse de changement étudié, sur cette distinction entre les modifications accidentelles et celles dont l'effet serait permanent, mais elle demeurera toujours sous-entendue.

Au surplus, il est bien évident que, la liberté des conventions matrimoniales permettant de varier à l'infini les règles du régime, il est impossible d'étudier tous les changements interdits comme il serait impossible d'énumérer toutes les conventions matrimoniales. Nous devons nous borner à donner des exemples, puisés, autant que possible, dans la pratique.

I. — Condition juridique des biens

La vie commune réunit les biens des époux, nécessite l'affectation de certains d'entre eux aux charges du ménage. Malgré la confusion qui s'établit, en fait, entre tous ces biens, on distingue, au moins sous les régimes les plus fréquents, plusieurs masses ; il y a sous le régime de communauté, la masse des biens communs, celle des biens propres du mari, celle des biens propres de la femme ; sous le régime dotal, la masse des biens personnels du mari, la masse des biens dotaux, celle des biens paraphernaux. La condition juridique des biens qui composent chacune de ces masses est évidemment différente ; la rappeler, même dans les grandes lignes, serait une longue digression que nous croyons inutile, car il s'agit de notions très connues.

La consistance respective de ces diverses masses de biens, et la condition juridique des biens qui les constituent sont déterminées par les règles conventionnelles ou légales du régime adopté. Les époux ne peuvent pas modifier ces règles en transférant un bien d'une masse dans une autre, ou en convenant que les biens nouveaux qu'ils acquièrent ou qui leur surviennent pendant le mariage auront une condition juridique diffé-

rente de celle que lesdites règles leur attribuent et feront partie d'une masse autre que celle à laquelle ils doivent appartenir. Quels sont donc, sous les divers régimes matrimoniaux les actes interdits par suite de l'immutabilité des règles du régime fixant la condition juridique des biens ?

1°) *Régimes de communauté légale ou conventionnelle*

Sous les régimes de communauté légale ou conventionnelle, bien que la communauté ne soit pas habituellement considérée comme une personne morale et que l'étroite union d'intérêts entre les époux entraîne une confusion des biens aux mains du mari plus grande encore que sous les autres régimes, il n'en existe pas moins trois groupes de biens : les biens communs, les biens propres du mari, les biens propres de la femme. Suivant le principe posé, les époux ne peuvent pas modifier la condition juridique de leurs biens et convenir qu'un bien appartenant ou devant appartenir à l'un de ces groupes fera partie d'un autre.

Ceci ne veut pas dire qu'il soit interdit aux époux de façon absolue de faire passer un bien d'un groupe dans l'autre. Nous verrons que le principe de l'immutabilité du régime matrimonial doit, en effet, se combiner avec celui de la validité des donations entre époux ; les conjoints peuvent, soit par une donation de biens communs, soit par une renonciation à un droit propre qui constitue une donation indirecte, réaliser un transfert de valeur entre les masses de leurs biens propres et celle des biens communs. Les donations entre époux sont compatibles avec le principe d'immutabilité parce qu'elles sont révocables. Ce qu'interdit le principe d'immutabilité, c'est la modification irrévocable de la condition juridique d'un bien.

Cette réserve importante étant faite, quelles sont les conséquences du principe posé ?

a) *Les époux ne peuvent pas faire entrer dans la masse commune des biens auxquels le contrat de mariage ou la loi attribuent le caractère de biens propres.*

On sait quels sont, sous le régime de la communauté légale, les biens propres des époux ; les articles 1402, 1404 à 1408 du Code civil les énumèrent. Sous les régimes de communauté

conventionnelle, le contrat de mariage, et les articles 1498, 1500 et 1525 les déterminent. Propres en vertu des « conventions matrimoniales », ces biens ne peuvent être déclarés communs.

Les époux mariés sous le régime de la communauté légale ne peuvent pas convenir que les immeubles échus à l'un d'eux par succession ou donation seront communs (art. 1406). Sous le régime de communauté d'acquêts, les meubles et immeubles acquis à titre gratuit par l'un des époux ne peuvent pas, du consentement mutuel des conjoints, tomber dans la masse commune. Si les époux ont adopté le régime de communauté à titre universel de leurs biens présents seulement, les stipulations tendant à faire entrer en communauté les biens, meubles et immeubles, recueillis à titre de libéralité ou à titre héréditaire par l'un des conjoints, sont interdites.

Pour maintenir intacte la consistance des masses des biens propres des époux et constant l'équilibre entre elles et la masse commune, la subrogation réelle joue un rôle particulièrement important, et elle apparaît comme « l'un des moyens techniques » (1) dont la tradition et le Code civil se sont servis pour assurer sur ce point spécial le respect du principe de l'immutabilité du régime matrimonial.

La subrogation réelle est considérée comme une fiction légale qui a pour résultat de transmettre à un bien la qualité juridique d'un autre bien (2). A ne l'envisager que dans ces résultats — car nous ne prétendons pas en faire ici la théorie générale — elle permet, lorsqu'un patrimoine est divisé en plusieurs catégories parce qu'il comprend des biens ayant reçu une affectation spéciale ou des biens sujets à restitution, de maintenir intacte la consistance de chacune des masses de biens ainsi groupés, malgré les changements qui se produisent dans l'individualité matérielle des biens qui les composent. Elle imprime, en effet, aux biens nouveaux remplaçant des

(1) PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat. Les régimes matrimoniaux*, t. VIII par M. NAST, n° 460.

(2) AUBRY et RAU, 4^e éd., t. VI, p. 235; — DEMOGUE, *Essai d'une théorie générale sur la subrogation réelle*, Rev. crit. 1901, t. XXX, p. 236 et suiv.; — CAPITANT, *Essai sur la subrogation réelle*, Rev. trim., 1919, p. 385; — SALEILLES, n., S. 95. 2. 185; — PLANIOL, n., D. 1902. 1. 33.

biens aliénés ou disparus le caractère même des biens qu'ils remplacent.

Quelques exemples de subrogation réelle sous le régime de communauté vont faire apparaître, nous l'espérons, le lien entre cette théorie et le principe d'immutabilité.

Aux termes de l'article 1407 du Code civil, l'immeuble acquis en échange de l'immeuble propre d'un époux est propre. Normalement, étant acquis à titre onéreux pendant le mariage, il devrait être commun, et l'acte d'échange aurait pour résultat d'appauvrir la masse des biens propres de la valeur de l'immeuble échangé, et d'enrichir la masse commune du nouvel immeuble, c'est-à-dire d'apporter un changement aux conventions matrimoniales. La subrogation réelle assure l'immutabilité de ces conventions et le respect de l'article 1395, puisque, grâce à elle, l'immeuble acquis prend dans la masse des biens propres la place exacte de l'immeuble échangé. Un ancien arrêt de la Chambre des requêtes (3) avait décidé que l'article 1407 ne pose pas une règle impérative, et qu'il réserve seulement à la femme commune en biens « la faculté d'accepter ou de refuser le remploi en cas d'aliénation de ses biens personnels » ; mais cette décision, rendue d'ailleurs en matière fiscale, a été critiquée (4) et un arrêt postérieur de la Chambre civile (5) a reconnu que la disposition de l'article 1407 attribue obligatoirement à l'immeuble acquis en échange d'un propre le caractère de bien propre.

Lorsqu'un ou plusieurs biens propres des époux sont aliénés pendant le mariage, et que les deniers provenant de la vente servent à acquérir des biens nouveaux, ceux-ci prennent dans la masse des biens propres la place des biens aliénés, si les conditions de forme exigées par les articles 1434 et 1435 et destinées à constater l'origine certaine des biens nouveaux ont été observées. Plus largement, toutes les fois qu'une somme propre à l'un des époux est disponible pour un placement, même si elle ne provient pas d'une aliénation de propres (par

(3) Req., 31 juillet 1832, S. 32. 1. 505, — Dall. J. G., V^o Contrat de mariage, n^o 805.

(4) Approuvée seulement par AUBRY et RAU, 4^e éd., t. V, § 503 *bis*; — TROPLONG, I, n^o 639; — GUILLOUARD, I, n^o 231.

(5) Cass. Civ., 9 août 1870, D. 71. 1. 156.

exemple, une somme donnée à l'un d'eux avec exclusion de communauté, une soulte de partage), le bien qu'elle sert à acquérir demeure propre à cet époux. Ce sont là des cas particulièrement intéressants de subrogation réelle, l'emploi et le remploi.

Acquis à titre onéreux pendant le mariage, les biens nouveaux, comme tout à l'heure l'immeuble acquis en vertu d'un échange, devraient entrer dans la masse commune, qui s'enrichirait aux dépens de la masse des biens propres. Il y aurait transfert de valeur d'une masse à l'autre, rupture de l'équilibre existant entre elles en vertu de la loi ou de la convention. L'emploi ou le remploi empêchent cette rupture de se produire ; grâce à eux, l'équilibre est maintenu entre les masses ainsi que l'exige le principe d'immutabilité.

Le remploi est un mode de subrogation réelle qui ne se réalise pas de plein droit ; c'est une subrogation réelle indirecte ; la volonté qu'ont les époux de l'utiliser doit être exprimée dans les conditions exigées par le Code. Ce n'est pas le lieu de détailler les avantages qu'il présente et qui se résument en la substitution d'un droit de propriété à un droit de créance, mais ils sont si évidents que les contrats de mariage contiennent fréquemment une clause stipulant que le mari, administrateur de la communauté, sera tenu de faire emploi ou remploi des biens et deniers de la femme. Si cette obligation a été imposée au mari, la femme ne peut l'en décharger au cours du mariage (1). Elle ne peut même pas consentir à ce que le remploi soit fait dans des conditions différentes de celles qui étaient prévues au contrat. Ainsi, dans une affaire déférée à la Chambre des Requêtes (7), le contrat de mariage contenait la clause suivante : « les biens et valeurs de la future épouse seront employés ou *inscrits en son nom*, et il en sera fait de même des capitaux provenant de l'aliénation des biens et valeurs inscrits en son nom » ; au cours du mariage, le mari ayant reçu une certaine somme en rachat d'une rente dotale, la femme signa un acte reconnaissant que cette somme avait

(6) Paris, 8 janvier 1890, D. 90. 2. 74 ; — Req., 19 juillet 1865, D. 65. 1. 431, S. 65. 1. 372 ; — Civ., 21 février 1894, D. 94. 1. 294.

(7) Req., 16 novembre 1926, G. P. 1927. 1. 230.

été employée à souscrire certaines actions, mais aucun des titres énumérés dans l'acte n'avait été inscrit au nom de la femme comme l'exigeait le contrat ; la Chambre des Requêtes décida que la reconnaissance signée par la femme était inopérante et que le mari était responsable de la somme touchée par lui et dont il avait ainsi disposé au mépris des conventions matrimoniales.

L'échange et le remploi, dont nous venons de parler, sont les cas les plus intéressants de subrogation réelle ; ils ne sont pas les seuls.

Quand l'immeuble propre d'un époux est aliéné, tant que le prix n'est pas payé, la créance contre l'acheteur, qui remplace le bien propre, reste propre à l'époux vendeur et n'entre pas en communauté malgré son caractère de valeur mobilière.

Lorsque l'immeuble propre d'un époux est incendié, l'indemnité versée par la Compagnie d'assurances est subrogée à l'immeuble et n'appartient pas à la communauté (8).

De même, lorsque l'immeuble propre d'un époux est exproprié, l'indemnité d'expropriation demeure propre à l'époux propriétaire du bien exproprié.

Dans tous ces cas, le jeu normal des règles du régime de communauté aboutirait à une rupture d'équilibre entre la masse des biens propres appauvrie des biens aliénés ou disparus, et la masse des biens communs enrichie des deniers représentant la valeur des anciens ou des biens nouveaux acquis de ces deniers. La subrogation réelle empêche cette rupture d'équilibre, et c'est pourquoi nous avons cru pouvoir dire qu'elle assure le respect du principe d'immutabilité.

Son cadre déborde d'ailleurs celui de ce principe ; l'article 1395 ne s'oppose logiquement qu'aux transferts de valeurs résultant d'un acte volontaire des époux (autre qu'une donation). Or, dans le cas d'incendie ou d'expropriation, le transfert entre la masse commune et la masse de biens propres serait indépendant de la volonté des époux. La subrogation réelle n'assure plus ici à la lettre le respect du principe d'immutabilité, mais elle lui demeure liée, croyons-nous, parce qu'elle procède, comme lui, du désir des rédacteurs du Code civil de maintenir

(8) Bordeaux, 29 mars 1857, D. 58. 2. 61.

pendant la durée de l'union conjugale la stabilité des rapports pécuniaires entre époux.

L'article 1395 ne lie pas les tiers, notons-le seulement ici, nous reviendrons sur cette idée en étudiant la portée d'application du principe d'immutabilité quant aux personnes. L'article 1405 in fine permet en termes exprès aux tiers auteurs de libéralités entre vifs ou testamentaires au profit des époux de stipuler que les biens donnés ou légués seront exclus de la communauté. Cette disposition porte une légère atteinte au principe d'immutabilité. S'il ne lie pas les tiers, il ne cesse jamais, en effet, de lier les époux, dans leurs rapports avec les tiers comme dans leurs rapports entre eux. Les époux ne devraient donc pas pouvoir accepter des libéralités faites sous une condition qui modifie leurs conventions matrimoniales. Le Code les affranchit en pareil cas du principe d'immutabilité dont l'application rigoureuse serait contraire à leurs intérêts, car elle les priverait de libéralités en mettant obstacle à la réalisation de la volonté des disposants. En raison de la généralité des termes de l'article 1405, la clause d'exclusion de communauté est licite également dans les libéralités entre époux, nous en verrons un exemple en matière de rentes viagères et d'assurances sur la vie. Mais il ne faut pas oublier, que, dans les conventions à titre onéreux passées entre les époux et les tiers, aucune atténuation législative n'est apportée au principe d'immutabilité qui continue à lier les époux, en sorte que, dans ces conventions, une clause stipulant l'entrée en communauté de biens qui devraient être propres est interdite.

b) Les époux ne peuvent pas stipuler qu'un bien qui doit être commun d'après la loi ou le contrat de mariage sera propre.

La composition de l'actif de la communauté est déterminée soit par le contrat de mariage, soit par les articles 1401 à 1408, 1498 et 1500 du Code civil. Le caractère de biens propres ne peut pas être attribué aux biens que les stipulations conventionnelles ou les dispositions du Code font entrer dans la masse commune.

Sous le régime de la communauté légale, les biens meubles échus aux époux à titre de donation ou de succession et com-

muns en vertu du premier alinéa de l'article 1401 ne peuvent être déclarés propres du consentement mutuel des conjoints. Les immeubles acquis pendant le mariage avec les deniers de communauté sont communs aux termes de l'article 1401, alinéa 3. Il a été jugé qu'ils ne sauraient, du consentement des époux, devenir des propres de la femme (9), et un ancien arrêt de la Cour de Lyon a décidé qu'en acquérant un immeuble avec des deniers communs, les époux ne peuvent stipuler qu'il sera la propriété du survivant d'entre eux (10). Sous le régime de communauté d'acquêts, les revenus des propres et les produits du travail des époux ne peuvent être soustraits à la communauté, non plus que les immeubles acquis avec les économies réalisées.

Sous le régime de commuanuté à titre universel où tous les biens des conjoints tombent dans la masse commune, il est interdit aux époux de se créer des propres.

L'emploi ou le remploi ont pour résultat, nous le savons, de rendre propres des biens qui, étant acquis à titre onéreux au cours du mariage par des époux communs en biens, devraient être communs. Ils ne peuvent être utilisés que dans les conditions prévues par la loi et le contrat de mariage. Ils ne sont pas obligatoires en vertu de la loi ; si le contrat ne les déclare pas obligatoires, les époux ne peuvent pas convenir qu'ils le deviendront au cours du mariage. Cependant, même si le remploi n'est pas obligatoire aux termes du contrat, la femme reste libre de ne consentir à l'aliénation de l'un de ses immeubles propres que si le mari s'oblige à faire remploi des deniers provenant de la vente ; elle aurait le droit de ne pas consentir à l'aliénation, elle ne peut être privée de celui d'imposer une condition (11).

(9) Caen, 11 avril 1924, Rec. Caen 1924, G. P., T. Q., 1925-1930, V° Contrat de mariage, n° 4.

(10) Lyon, 21 juillet 1849, D. 49. 2. 223.

(11) Paris, 9 août 1870, D. 71. 2. 113: « Attendu que l'engagement du mari à cet égard, loin de porter atteinte, comme il l'allègue, au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, non seulement le respecte, mais de plus, en réalité, constitue en faveur de la femme un élément de garantie qui concorde parfaitement avec le système de protection sous l'égide duquel la loi place les propres de la femme, même commune en biens. »

Disons dès maintenant que, en ce qui concerne les constitutions de rentes viagères et les stipulations d'assurances sur la vie, la jurisprudence et la loi apportent une exception au principe que les époux ne peuvent se constituer des propres en dehors des cas prévus par le régime matrimonial ; nous étudierons ces conventions en même temps que les actes compatibles avec l'article 1395.

Ici encore, les tiers ne sont pas liés par le principe d'immutabilité. L'article 1401, dans son premier alinéa, leur réserve la faculté d'exprimer, dans les donations ou les legs qu'ils font aux époux, leur volonté que les biens donnés ou légués restent propres à l'époux bénéficiaire de la libéralité et soient exclus de la communauté ; la jurisprudence décide même que l'exclusion peut être tacite (12). Toutefois, nous le verrons en étudiant la portée du principe d'immutabilité quant aux personnes, il a été jugé que, si la libéralité émane d'un ascendant de l'un des époux, la clause d'exclusion n'est valable que dans la limite de la quotité disponible, parce « qu'elle fait grief aux conventions matrimoniales en ce qui concerne la réserve légale » (13). Puisque le principe d'immutabilité ne cesse jamais de s'appliquer vis-à-vis des époux, la validité de la clause d'exclusion de communauté, comme celle de la clause d'entrée en communauté, lui porte une légère atteinte en autorisant les époux à accepter une libéralité qui modifie leurs conventions matrimoniales.

Dans les conventions à titre onéreux entre les époux et les tiers, les époux ne sont pas ainsi affranchis du principe d'immutabilité. Le caractère de biens propres ne peut donc pas être attribué à des biens communs dans de telles conventions. Il a été jugé que deux époux étant mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, le père de l'épouse ne peut vendre un immeuble à son gendre sous la condition que cet immeuble restera propre à la femme (14). Une décision semblable a été rendue, par la Cour de Cassation, dans un cas où il s'agissait de valeurs mobilières (15). Les époux étaient ma-

(12) Cass. Req., 19 avril 1904, D. 1905. 1. 78, S. 1905. 1. 81.

(13) Cass. Civ., 6 mai 1885, D. 85. 1. 369.

(14) Cass. Req., 13 décembre 1921, D. 1923. 1. 62.

(15) Cass. Req., 6 juillet 1905, D. 1906. 1. 374.

riés sous le régime de la communauté légale. Des parts de fondateur avaient été concédées au mari par une société et, à son décès, une contestation s'éleva sur l'entrée de ces parts dans la masse commune. Les enfants soutinrent qu'elles étaient propres à leur père, en se fondant sur les statuts de la société qui déclaraient les parts de fondateur « personnelles et incessibles à d'autres qu'aux descendants directs des fondateurs ». La femme survivante soutint que les parts, valeurs mobilières, devaient entrer en communauté malgré cette clause des statuts. Elle obtint gain de cause. « La convention à titre onéreux par laquelle un des époux recevrait d'un tiers, sous la condition qu'il lui resterait propre, un bien que le régime matrimonial auquel il est soumis fait entrer dans la communauté est, quant à cette condition, dit l'arrêt de la Cour suprême, sans valeur à l'égard de l'autre époux, en vertu du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ».

Bien que cette observation nous entraîne un peu hors de notre propos actuel, il convient de remarquer que le principe d'immutabilité, de même qu'il interdit aux époux de modifier la composition active des masses de biens propres et de la masse de biens communs, leur interdit de modifier les règles du passif de la communauté, la qualité juridique des dettes. Les dettes ne peuvent, comme les biens, être classées nettement en dettes propres et en dettes communes. Il y a des dettes qui sont communes en ce qui concerne le droit de poursuite des créanciers et propres en ce qui concerne la contribution entre époux. Parmi les dettes propres, certaines ne peuvent être poursuivies que sur la nue-propriété des propres, d'autres sur la pleine propriété, et, parmi les dettes communes, certaines peuvent être poursuivies à la fois sur les biens communs et sur les biens propres d'un époux, alors que d'autres peuvent l'être sur les biens communs et sur les biens propres des deux époux. S'il est impossible, en raison de cette complexité, d'entrer dans le détail des modifications aux règles du passif de la communauté, et, si en pratique, les modifications interdites sont très rares, le principe n'en demeure pas moins. Les règles qui fixent le droit de poursuite des créanciers et celles qui fixent la contribution entre époux sont immuables. Celles qui ont trait à la contribution entre époux se rattachent aux

règles de liquidation de la communauté. Nous reviendrons à cette occasion sur les effets de leur immutabilité et nous verrons que le législateur et la tradition se sont préoccupés de rétablir, au moyen de la théorie des récompenses, l'équilibre entre la masse des biens communs, celle des biens propres du mari et celle des biens propres de la femme, au cas où l'une de ces masses a acquitté au cours du mariage une dette qu'elle ne doit pas supporter en définitive.

2° Régime dotal

L'originalité du régime dotal réside dans les règles exceptionnelles auxquelles sont soumis les biens dotaux : droit de jouissance du mari, inaliénabilité, insaisissabilité, imprescriptibilité. Ces règles sont connues et l'on sait aussi que les biens non dotaux sont des biens paraphernaux. Le principe d'immutabilité interdit aux époux d'attribuer le caractère paraphernal à un bien dotal, ou le caractère dotal à un bien paraphernal.

a) Les époux ne peuvent pas convenir qu'un bien qui doit être dotal sera paraphernal.

Pour exprimer la même idée sous une forme plus simple, la dot ne peut pas être diminuée pendant le mariage. Cette interdiction est une conséquence directe du principe d'immutabilité (16). Mais elle repose également sur le principe de l'inaliénabilité dotale ; si la dot pouvait être diminuée, que deviendrait son inaliénabilité ? Donc, même si le principe d'immutabilité venait à disparaître, l'interdiction de diminuer la dot devrait être maintenue et il convient de ne pas imputer au seul principe d'immutabilité la gêne qu'elle peut entraîner pour les époux.

Voici quelques-unes de ses conséquences. Si la femme s'est constituée en dot ses biens à venir, les époux ne peuvent pas retirer le caractère dotal aux biens que la femme recueille par succession ou donation. S'il est convenu dans le contrat de

(16) GUILLOUARD, t. IV, n° 1736, t. I, n° 233 ; — AUBRY et RAU, 4^e éd., t. V, § 503 *bis*, texte et note 16, § 534, texte et note 17 ; — PLANIOL et RIPERT, *Tr. élém.*, III, n° 1502 ; — JOSSERAND, III, n° 558.

mariage que le mari devra faire emploi des deniers dotaux, les biens acquis avec ces deniers ne peuvent être déclarés paraphernaux. S'il est stipulé au contrat que les immeubles dotaux seront aliénables sauf emploi, les biens acquis en emploi du prix des immeubles dotaux aliénés sont obligatoirement dotaux. Il est interdit encore d'attribuer le caractère paraphernal à l'immeuble reçu en échange d'un immeuble dotal et que l'article 1559 déclare dotal, ainsi qu'à l'excédent éventuel du prix de cet immeuble et à l'excédent de prix de l'immeuble dotal aliéné dans les conditions permises par le Code, l'un et l'autre dotaux aux termes des articles 1558 et 1559, qui en prescrivent « l'emploi ».

Les tiers, qui ne sont pas liés par le principe d'immutabilité, peuvent, même si la femme s'est constitué en dot tous ses biens à venir, lui faire des libéralités sous la condition que les biens donnés ou légués seront paraphernaux et non dotaux (17). Au risque de paraître monotone en répétant une idée déjà émise, il faut redire qu'en laissant à la femme la faculté d'accepter de telles libéralités, la loi lui permet, par une disposition heureusement favorable à ses intérêts et à ceux du ménage, de s'affranchir du principe d'immutabilité. D'ailleurs, si la donation ou le legs émane d'un ascendant de la femme, la clause de paraphernalité n'est valable que dans la limite de la quotité disponible (18) ; en ce qui concerne la réserve dotale, il est interdit, d'après la jurisprudence, sous le régime dotal comme sous le régime de communauté, de faire grief aux conventions matrimoniales.

b) Les époux ne peuvent pas convenir qu'un bien qui doit être paraphernal sera dotal.

Le principe d'immutabilité se rencontre ici avec la disposition de l'article 1543 qui interdit de constituer ou d'augmenter la dot au cours du mariage. Mais l'article 1543 n'est pas une simple application au régime dotal du principe d'immutabilité édicté par l'article 1395. Est-il besoin de rappeler qu'il trouve sa cause spéciale dans la volonté des rédacteurs du Code de

(17) Cass., 16 mars 1846, D. 46. 1. 368, S. 47. 1. 157; — Nîmes, 10 décembre 1856, D. 58. 2. 8, S. 57. 2. 134.

(18) GUILLOUARD, IV, n° 1737.

restreindre autant que possible l'étendue de la dot, pour limiter l'inaliénabilité dotale à laquelle certains d'entre eux étaient défavorables, voire hostiles ? L'article 1543 est donc indépendant de l'article 1395.

Il est beaucoup plus strict et s'applique même vis-à-vis des tiers que le principe d'immutabilité ne lie pas. Cependant, si un tiers a fait une donation à la femme sous condition que le bien donné sera dotal, alors qu'il devrait être paraphernal, la donation ne sera pas nulle pour le tout ; en matière de libéralités, les conditions illicites sont réputées non écrites (art. 900). Il semble dès lors que le bien donné sous condition illicite de dotalité doive être paraphernal. Certains auteurs soutiennent une autre théorie (20). Les conditions illicites sont réputées non écrites en matière de libéralités, disent-ils, parce que le législateur tient à ce que les intentions de l'auteur de la libéralité soient autant que possible respectées. Or, la clause de dotalité révèle que le donateur a voulu, d'une part, que le bien donné soit inaliénable — ce qui est illicite —, d'autre part, que les revenus de ce bien appartiennent au mari pour subvenir aux charges du ménage — ce qui est licite. On doit tenir pour non écrite la seule partie illicite de la stipulation, à savoir que le bien est inaliénable ; pour le surplus, la clause doit produire effet, et les revenus du bien donné doivent appartenir au mari. Nous ne partageons pas cette opinion que, dans la doctrine moderne, M. Josserand a critiquée (21). Une nullité ne nous paraît pas pouvoir être fractionnée, décomposée arbitrairement sous le prétexte de respecter autant que possible l'intention du disposant. La clause de dotalité est indivisible. Si elle est nulle, elle l'est intégralement. Le bien donné n'étant pas dotal — et tout le monde est d'accord sur ce point — il ne peut être que paraphernal.

L'article 1543 est si bien indépendant de l'article 1395 que ses conséquences se trouvent parfois en contradiction avec le principe d'immutabilité. La subrogation réelle, avons-nous dit,

(19) Paris, 20 octobre 1890, D. 91. 2. 359 ; — Civ., 23 janvier 1900, D. 1900. 1. 535.

(20) PLANIOL et RIPERT, *Tr. élém.*, III, n° 1500 ; — COLIN et CAPITANT, III, p. 270.

(21) JOSSERAND, III, n° 555.

assure le respect de ce principe en attribuant aux biens venus en remplacement d'autres biens le caractère de ces derniers, en maintenant ainsi la consistance des diverses masses de biens intacte, et constant l'équilibre entre elles. Elle joue dans certains cas ce rôle sous le régime dotal : lorsqu'il y a échange d'un immeuble dotal, ou transformation d'un bien dotal en argent (art. 1558, alinéa 2 ; art. 1559, alinéa 7 ; indemnité d'expropriation, dommages-intérêts pour préjudice causé aux biens dotaux ou éviction d'un immeuble dotal) ou encore lorsque, le contrat de mariage stipulant l'emploi et le remploi obligatoires des deniers dotaux, une acquisition est faite de ces deniers.

Mais il est d'autres cas où le législateur a décidé que la subrogation réelle n'aurait pas lieu, et l'on admet en général (22) que cette disposition a pour but de respecter l'interdiction édictée par l'article 1543 et qu'elle est destinée surtout à éviter l'extension de l'inaliénabilité dotale en attribuant, au cours du mariage, le caractère dotal à de nouveaux biens, plus précisément à des immeubles. Ainsi, lorsque le mari achète un immeuble avec des deniers dotaux, si l'emploi ou le remploi de ces deniers n'est pas déclaré obligatoire par le contrat de mariage, l'immeuble n'est pas dotal (art. 1553) (23). Si le mari reçoit en paiement d'une dot promise en argent des immeubles ou d'autres biens, ces biens ne sont pas dotaux (art. 1553, alinéa 2) (24). La jurisprudence a étendu en la faisant sienne cette conception du législateur. Elle décide que, si le père ou la mère constituants de la dot meurent sans s'être libérés, les biens que la femme recueille dans leur succession ne sont pas dotaux (25). Il a même été jugé que l'indemnité versée par la compagnie d'assurances au cas d'incendie d'un immeuble dotal n'est pas dotale (26).

(22) Cf. COLIN et CAPITANT, III, p. 274: « ... la règle de l'article 1553 est la conséquence de l'article 1543, qui déclare que la dot ne peut être augmentée pendant le mariage. Il est fort probable que c'est en effet cette pensée qui a inspiré les rédacteurs du Code... mais ils ont tiré une conséquence exagérée du principe posé dans l'article 1543 ».

(23) Civ., 16 mars 1897, D. 98. 1. 81; — Grenoble, 21 décembre 1908, D. 1909. 2. 313, n. NAST, S. 1910. 2. 129.

(24) Cass., 18 juin 1895, D. 96. 1. 169.

(25) Cass., 1^{er} décembre 1857, D. 58. 1. 71, S. 57. 1. 257; — Req., 3 juin 1891, D. 92. 1. 13 (rap. COTELLE), S. 93. 1. 5; — Cass., 26 novembre 1895, S. 96. 1. 73.

(26) Pau, 31 mai 1893, D. 95. 2. 10.

Dans ces différents cas, le caractère dotal est refusé à un certain nombre de biens acquis avec des deniers dotaux ou venus en remplacement de biens dotaux. Il y a déplacement de valeurs de la masse dotale à la masse paraphernale. Ce déplacement est le résultat de l'interdiction de créer ou d'augmenter la dot au cours du mariage, de l'idée que la dotalité, attachée strictement aux biens qui en sont frappés, ne se transmet pas ; mais il constitue une atteinte au principe d'immutabilité car il aboutit à modifier la consistance respective de la masse des biens dotaux et de celle des biens paraphernaux.

La jurisprudence, pour assurer la protection de la dot en la suivant dans ses transformations, pour maintenir le droit de jouissance du mari sur les biens dotaux, et pour demeurer constante avec ses décisions quant à l'inaliénabilité de la dot mobilière, a créé la théorie de la dotalité incluse (27), et il se trouve qu'elle concilie ainsi l'interdiction de créer ou d'augmenter la dot pendant le mariage et le principe d'immutabilité du régime matrimonial, l'article 1543 et l'article 1395.

Certains biens acquis des deniers dotaux ou remplaçant des biens dotaux n'ont pas le caractère dotal qu'ils devraient avoir. Ils sont paraphernaux. Mais ils contiennent, à l'état latent, une valeur dotale. La dot de la femme est en quelque sorte transportée, « incluse » dans ces biens paraphernaux. La dotalité ne porte pas sur le bien lui-même qui, étant paraphernal, est aliénable et saisissable ; mais elle frappe la valeur dotale qui est contenue en lui ; cette valeur doit, comme tous les biens dotaux, échapper à l'action des créanciers et sa jouissance doit appartenir au mari. Ainsi, il ne se produit pas une augmentation injustifiée de la masse paraphernale au détriment de la masse dotale, et le principe d'immutabilité est respecté. Et cependant, l'interdiction de créer des biens dotaux ou d'en accroître le nombre au cours du mariage n'est pas enfreinte, et l'inaliénabilité dotale n'est pas aggravée.

L'article 1543 ne met pas obstacle aux accroissements na-

(27) Cass., 31 janvier 1841, D. 41. 1. 61, S. 42. 1. 110; — Cass., 12 avril 1870, D. 70. 1. 264, S. 70. 1. 185, n. RODIÈRE; — Cass., 1^{er} août 1900, D. 1901. 1. 145, n. BARTIN, S. 1901. 1. 5, LYON-CAEN; — Cass., 22 février 1905, D. 1905. 1. 241, n. GUILLOUARD, S. 1906. 1. 337, n. HÉMARD.

turels de la dot. Il ne s'oppose pas à ce que les constructions et améliorations faites au cours du mariage sur l'immeuble dotal s'y incorporent (28), ni à ce que l'on comprenne dans la dot l'usufruit qui vient se réunir durant le mariage à la nue-propriété d'un fonds que la femme s'est constituée en dot (29). Si la femme acquiert au cours du mariage la totalité d'un immeuble dont elle ne s'était constitué en dot qu'une part indivise, la jurisprudence, approuvée par la majorité des auteurs, décide que, l'immeuble entier étant, par suite de l'effet déclaratif du partage, considéré comme ayant toujours été la propriété de la femme, l'immeuble entier est dotal (30).

3° *Autres Régimes*

Le principe est le même : les règles fixant la condition juridique des biens sont immuables. Mais il est seulement théorique. Il n'y a pas, sous le régime sans communauté ou sous celui de séparation de biens, comme sous le régime dotal, plusieurs masses de biens entre lesquelles des transferts de biens ou de valeurs interdits pourraient être tentés. Et l'on se souvient que l'adjonction d'une société d'acquêts, qui créerait une catégorie spéciale de biens, est impossible. Sous le régime de séparation de biens, et aussi sous le régime sans communauté malgré la confusion établie du fait que le mari est seul administrateur, les biens des époux sont nettement séparés. Les époux ne peuvent utiliser qu'un seul procédé pour modifier la composition respective de leurs patrimoines : se faire des donations, mais nous verrons que les donations entre époux ne sont pas incompatibles avec le principe d'immutabilité.

Il suffit donc de signaler ici que, en vertu d'une dérogation au principe d'immutabilité justifiée par des nécessités pratiques, si la contribution de la femme aux charges du ménage sous le régime de séparation de biens est, en principe, définitivement fixée par le contrat ou par la loi, elle peut, cepen-

(28) Req., 31 mai 1911, S. 1912. 1. 500, D. 1912. 1. 63; — Montpellier, 20 octobre 1925, D. 1926. 2. 143.

(29) Bordeaux, 20 janvier 1893, D. 93. 2. 517, S. 94. 2. 32.

(30) Req., 30 janvier 1850, D. 50. 1. 171; — Req., 21 mars 1860, D. 60. 1. 297, n. BRÉSILLION, S. 60. 1. 874; — Contra, Aubry et Rau, 5^e éd., t. VIII, § 534, texte et notes 42 et 43.

dant, être modifiée si les revenus du mari deviennent tout à fait insuffisants (31).

II. — Pouvoirs d'administration des époux

Il est certains pouvoirs d'administration du mari qui sont, non seulement immuables, mais en dehors du domaine de la libre convention des époux ; ce sont, au premier chef, les pouvoirs d'administration du mari commun en biens sur les biens communs. Le mari commun en biens est chef de la communauté en vertu d'une disposition d'ordre public. L'article 1388 lui interdit de renoncer dans le contrat de mariage aux droits qui lui appartiennent à ce titre. Il est donc évident qu'il ne peut pas, au cours du mariage, abandonner à la femme ses pouvoirs d'administration sur les biens communs.

Quant à l'administration des autres biens, à défaut de convention contraire, le mari a pouvoir d'administrer les biens propres de la femme sous le régime de communauté (art. 1428), les biens meubles et immeubles de la femme sous le régime sans communauté (art. 1530), les biens dotaux sous le régime dotal (art. 1549) ; la femme, toujours à défaut de stipulation contraire, a pouvoir d'administrer tous ses biens sous le régime de séparation de biens (art. 1449) et ses biens paraphernaux sous le régime dotal (art. 1576).

Le principe d'immutabilité interdit aux époux de modifier, par une convention passée au cours du mariage, les pouvoirs d'administration qu'ils possèdent en vertu de la loi ou de leur convention spéciale. Mais nous verrons plus loin que les contrats entre époux sont, en principe, permis, et qu'en particulier les mandats entre époux sont valables. Les époux peuvent donc, malgré le principe d'immutabilité, se donner, pour la gestion de leurs biens, des mandats modifiant les pouvoirs d'administration qui résultent de la loi ou du contrat de mariage. Bien que les pouvoirs du mari sur les biens communs soient de l'essence même des régimes de communauté, il est certain que le mari peut consentir à sa femme un mandat tendant à l'administration, voire à l'aliénation des biens com-

(31) Cass., 2 juillet 1851, D. 51. 1. 272, S. 51. 1. 509.

muns. Il n'est pas question, ici, du « mandat domestique » conféré à la femme pour les uns par le mari et pour d'autres par la loi elle-même bien qu'aucun texte ne le prévoie, et en vertu duquel elle a pouvoir de représenter le mari pour les « actes ménagers », c'est-à-dire, les fournitures nécessaires au ménage et les dépenses courantes. Nous n'avons en vue que les mandats conventionnels.

Le mandat est, par essence, un contrat révocable : il exige bien pour se former l'accord de volonté des deux époux, mais il peut être rompu par la volonté d'un seul, et c'est pourquoi il n'est pas contraire au principe d'immutabilité. Ce principe interdit seulement de faire au cours du mariage des conventions matrimoniales nouvelles qui, nées de l'accord de volonté des deux époux, ne pourraient être rompues que de leur consentement mutuel. En l'espèce, il interdit seulement, comme le dit très justement M. Savatier (32), « de donner un caractère irrévocable à la transmission de pouvoirs effectuée au cours du mariage ».

La révocabilité est donc la condition et le signe de validité des conventions relatives aux pouvoirs d'administration des époux passées durant le mariage. On peut s'en rendre compte en rapprochant deux arrêts, l'un de la Cour de Paris (33), l'autre de la Cour de Cassation (34). La Cour de Paris a réformé, en se basant sur le principe d'immutabilité, un jugement qui semblait consacrer à titre irrévocable une convention permettant à une femme mariée sous le régime de la communauté d'acquêts de percevoir les revenus d'un immeuble propre. La Cour de Cassation a reconnu valable, comme mandat, une convention relative à des biens dotaux, qui, à première vue, pouvait paraître analogue à la précédente, mais qui, au fond, présentait avec elle une différence essentielle. Des époux mariés sous le régime dotal avaient convenu, en se séparant de fait, que la femme toucherait directement sur les revenus dotaux une somme annuelle que son mari lui abandonnait pour son entretien personnel. « Cet accord entre les par-

(32) SAVATIER, *Portée et valeur du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales*, Rev. trim., 1921, p. 99.

(33) Paris, 9 août 1870, D. 71. 2. 113.

(34) Cass., 8 janvier 1890, D. 91. 1. 225, S. 92. 1. 380.

ties, *toujours révocable*, dit la Cour de Cassation, n'était qu'un mode d'exécution des dispositions du contrat de mariage. » La comparaison de ces deux arrêts montre clairement que le principe d'immutabilité ne s'oppose qu'aux modifications qui présentent un caractère irrévocable.

D'autre part, le mandat n'est pas une véritable modification du pacte matrimonial. En effet, grâce à la fiction de la représentation, c'est toujours l'époux mandant qui est réputé accomplir l'acte ou les actes faisant l'objet du mandat ; le mandataire gère au nom du mandant, avec l'obligation de lui rendre compte, obligation dont l'étendue entre époux est d'ailleurs discutée (35). Seul le véritable transfert des pouvoirs d'administration modifie le pacte matrimonial, et il est interdit.

Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 21 avril 1898 (36) avait fait ressortir cette distinction. « Le mandat donné à la femme de gérer les immeubles *pour le compte du mari* et d'en employer les revenus à son propre entretien est valable, dit-il. Mais la procuration générale qui aurait pour effet d'habiliter la femme commune en biens à gérer *pour son propre compte* ses biens personnels serait radicalement nulle comme contraire à l'immutabilité du régime matrimonial. »

En résumé, les modifications aux pouvoirs d'administration des époux qui sont interdites sont celles qui ne présentent pas le caractère de mandats révocables et celles qui confèrent à l'un des conjoints, sous la qualification de mandat, le pouvoir de gérer pour son propre compte des biens dont l'administration ne lui appartient pas en vertu du régime.

III. — Liquidation des droits à la dissolution du régime

Le Code détermine les événements qui entraînent la dissolution du régime matrimonial, la loi ou le contrat fixent les bases de la liquidation de droits que nécessite cette dissolution. Le principe d'immutabilité interdit aux époux, d'une part, de procéder au règlement de leurs droits respectifs avant la dissolution du régime, d'autre part, de modifier, tant que dure le mariage, les bases de la liquidation établies par les conventions matrimoniales.

(35) V. Cass., 4 mai 1937, S. 1937. 1. 221 et note.

(36) Req., 21 avril 1898, D. 98. 1. 506.

1° Règlements anticipés

Les époux ne peuvent pas, sans contrevenir à l'article 1395, procéder au règlement de leurs droits en dehors des cas de dissolution du régime prévus par la loi. Les tentatives de règlements anticipés se produisent à l'occasion d'une séparation amiable ou d'un partage d'ascendant, ou bien en prévision d'une instance soit en divorce soit en séparation de corps, ou enfin, au cours de ces instances ou des instances en séparation de biens.

a) *Règlements anticipés accompagnant une séparation amiable.*

Les règlements anticipés peuvent avoir lieu à l'occasion d'une séparation amiable des époux.

Malgré la nullité absolue dont les frappe l'article 307, les séparations conventionnelles sont fréquentes, aussi fréquentes, aux dires de certains (37), que les séparations judiciaires. Les règlements anticipés ne sont qu'un exemple des conventions relatives au régime des biens qui accompagnent presque toujours ces séparations et qui sont destinées à rendre possible au point de vue matériel la vie séparée des époux (38). Ces conventions, qui touchent au régime matrimonial, offrent pour nous un intérêt tout particulier. Elles peuvent se présenter sous plusieurs aspects et avoir des objets différents.

Quant à la forme, elles pourraient être orales. En pratique, elles sont consignées dans des actes écrits. L'usage s'est répandu et se maintient, pour les époux qui désirent tout à la fois cesser la vie commune et éviter les ennuis et le scandale possible d'une instance en justice, de rédiger un « pacte de séparation amiable », encore appelé « pacte d'honneur » pour mieux souligner son absence totale de valeur juridique, pacte qui règle les conditions du nouveau mode de vie des époux (39). Il contient les engagements « d'honneur » pris par eux en ce qui concerne la garde des enfants, leur devoir réciproque d'obligation alimentaire, etc...

(37) V. sur toute cette question l'excellente thèse de M. RICHARDOT, *Des pactes de séparation amiable entre époux*, Dijon, 1930.

(38) JOSSERAND (*De la séparation de fait*), t. I, n° 1010 et suiv.

(39) V. RICHARDOT; — SAVATIER, *Les conventions de séparation amiable entre époux*, Rev. trim., 1931, p. 535 et suiv.

Il arrive que les conventions relatives au régime des biens soient incorporées à ce pacte. Quel que soit leur objet, il est à peine besoin de dire qu'elles sont alors nulles, de nullité absolue ainsi que la convention tout entière, qui se présente comme faite ouvertement au mépris de la prohibition légale des séparations volontaires.

Aussi, les époux n'ont-ils pas toujours la même franchise. Les conventions qui touchent le régime matrimonial sont rédigées le plus souvent par actes séparés, et les époux tentent, par des procédés variés, de faire disparaître leur cause illicite : la séparation amiable, et de mettre en défaut la sagacité des juges qui la rechercheraient.

Sous l'une ou l'autre forme, les conventions relatives au régime des biens peuvent avoir un objet plus ou moins étendu. Parfois, les époux se contentent, sans anéantir les effets du régime, de prendre de simples mesures destinées à aménager leur nouvelle existence et surtout à assurer à la femme des ressources suffisantes : le mari s'engage à lui verser une pension représentant le montant des revenus de sa dot (40) ; il lui donne l'autorisation de toucher sur ses seules quittances les revenus de ses biens propres (41) ; il continue à administrer les biens dotaux ou les biens propres, mais il s'engage à remettre à un notaire, chargé de la transmettre à la femme, la part des revenus de ces biens qu'il convient, d'accord avec elle, de lui attribuer ; les époux se font une donation réciproque (42). Si ces conventions sont jointes au « pacte de séparation amiable » elles sont nulles, en vertu de l'article 307. Si elles sont faites par acte séparé, elles ne peuvent être annulées en vertu de ce même article que si la séparation amiable apparaît comme la cause déterminante des mesures prises. C'est alors que la subtilité des époux, et plus encore, celle des praticiens qui les conseillent, met quelquefois la perspicacité des juges en défaut et parvient à dissimuler la cause illicite. L'analyse détaillée des procédés auxquels ils ont recours serait

(40) Dijon, 11 juillet 1872, S. 73. 2. 104 ; — Cass. Civ., 12 janvier 1874, S. 74. 1. 305.

(41) Douai, 30 décembre 1829, sous Req., 28 avril 1830, S. 31. 1. 11, — Dall., J. G., V^o Contrat de mariage, n^o 1011.

(42) Cass. Civ., 2 janvier 1907, D. 1907. 1. 137, S. 1911. 1. 585.

d'un piquant intérêt, mais elle nous ferait oublier notre étude plus austère. En effet, les conventions qui ne modifient pas l'économie du régime matrimonial ne sont pas contraires au principe d'immutabilité ; ce sont surtout des mandats ou des donations entre époux, compatibles avec ce principe, et que nous aurons d'ailleurs l'occasion de retrouver.

Parfois, et nous revenons, après une trop longue digression, à notre sujet — les époux liquident définitivement, en se séparant, leurs intérêts antérieurs. Contenu ou non dans le « pacte d'honneur », ce règlement anticipé est nul comme contraire au principe de l'immutabilité du régime matrimonial. Les époux communs en biens ont pu ainsi procéder au partage de la communauté légale ou réduite aux acquêts (43), les époux mariés sous le régime de séparation de biens ont pu convenir que la contribution de la femme aux charges du ménage serait supprimée ou réduite (44), le mari a pu restituer à la femme dotale tout ou partie de sa dot (45) ; toutes ces conventions sont nulles.

Les articles 1443 et 1563 édictent en termes exprès la nullité des séparations de biens volontaires. Les restitutions ou versements faits par le mari à la femme en vertu de telles conventions ne le libèrent pas, et la femme ne peut être obligée de tenir compte que des valeurs qui lui restent ou qui l'ont enrichie (46). De son côté, le mari peut, à tout moment, se faire restituer les biens qu'il a remis à sa femme en représentation de sa dot ou de sa part de communauté (47). Certains au-

(43) Nancy, 22 janvier 1870, D. 70. 2. 76, S. 70. 1. 254 (en sous-note) ; — Cass. Civ., 14 juin 1882, D. 83. 1. 248, S. 82. 1. 421 ; — Trib. civ. Seine, 27 octobre 1924, G. P., 1924, 2. 624.

(44) Grenoble, 11 mars 1851, D. 53. 2. 62, S. 51. 2. 627.

(45) Cass. Civ., 23 janvier 1894, D. 94. 1. 394.

(46) Bourges, 25 janvier 1871, D. 71. 2. 172 ; — Rouen, 27 mars 1909, D. 1911. 2. 153, n. BINET, S. 1910. 2. 161, n. WAHL ; — AUBRY et RAU, t. VIII, § 515, texte et note 18 ; — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n° 977 ; — PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. IX par M. NAST, n° 728.

(47) Civ., 23 août 1854, D. 54. 1. 285, — S. 55. 1. 104 ; — Civ., 12 janvier 1857, D. 57. 1. 218, — S. 57. 1. 349 ; — AUBRY et RAU, t. VIII, § 540, texte et note 3 ; — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, III, n° 1876 et 1910 ; — PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. IX par M. NAST, n° 1223.

teurs (48) demandent une réforme de notre législation et la reconnaissance en France de la validité des séparations conventionnelles admises dans plusieurs pays, notamment en Italie (49) et en Angleterre (50) ; il n'existe pas, à notre connaissance, de projet de loi en ce sens.

Quoi qu'il en soit, et en dépit de leur nullité absolue, les « pactes d'honneur » et les conventions relatives au régime des biens qui les accompagnent sont nombreux, et les engagements d'ordre moral ou pécuniaire pris par les époux sont très souvent exécutés avec loyauté par eux et respectés ensuite par leurs héritiers. M. Richardot, dans son étude si documentée sur les « pactes de séparation amiable entre époux » voit dans cette pratique « une révolte des faits contre le Code civil ». Au simple point de vue pécuniaire, l'initiative de l'accord destiné à éviter la séparation judiciaire, provient le plus souvent du mari, qui a tout intérêt à empêcher une séparation de biens prononcée en justice. Mais les époux ne sont-ils pas encouragés dans leur désir d'échapper à la prohibition de l'article 307 et au principe d'immutabilité par les notaires, qui les conseillent si fréquemment dans la rédaction des conventions de séparation, et qui se chargent même parfois de surveiller, voire d'assurer, l'exécution d'engagements pris à l'encontre de la loi ?

b) *Règlements anticipés accompagnant un partage d'ascendant.*

Lorsqu'un époux commun en biens veut faire un partage d'ascendant entre ses enfants, il lui est interdit de comprendre des biens communs dans ce partage, qu'il soit fait sous forme de donation ou sous forme de testament (51). Il ne lui appartient pas, en effet, de déterminer d'une manière définitive sa part dans une communauté qui n'est pas dissoute. Cette inter-

(48) COLIN et CAPITANT, III, p. 168 ; — BAUDRY-LACANTINERIE, CHAUVEAU et CHÉNEAUX, *Les personnes*, t. IV, n° 302.

(49) C. civ., art. 158.

(50) V. RICHARDOT, *Les pactes de séparation amiable entre époux* (droit comparé), thèse, Dijon, 1930.

(51) Cass. civ., 13 novembre 1849, D. 49. 1. 311, — S. 49. 1. 753 ; — Cass., 23 décembre 1861, D. 62. 1. 31, — S. 62. 1. 29 ; — Limoges, 29 novembre 1897, D. 1902. 2. 97, n. DE LOYNES.

diction présente de graves inconvénients pratiques et retire au partage d'ascendant une grande partie de son utilité.

Pour tenter d'y échapper, les époux ont essayé de procéder, tous deux réunis, à un partage anticipé et provisoire de la communauté liquidant les droits de chacun d'eux ; la Cour de Cassation a condamné, justement, cette combinaison qui se heurte au principe d'immutabilité (52).

En l'état actuel de la législation, chaque époux, s'il procède seul à un partage d'ascendant, n'y peut comprendre que ses biens personnels (art. 1075). Les époux réunis peuvent faire un partage conjonctif, dans lequel ils sont libres alors de disposer de la totalité des biens de la communauté (53). Mais le partage conjonctif n'est possible que sous la forme d'acte entre vifs (54), l'article 968 s'oppose à ce que les époux fassent ensemble un testament par un seul et même acte (55). D'autre part, le partage conjonctif n'est possible qu'au profit des enfants communs ; si l'un des époux a des enfants d'un premier lit, ils ne peuvent figurer au partage conjonctif, n'ayant aucun droit sur la succession du conjoint de leur père ou mère (56). Une réforme législative était depuis longtemps réclamée, afin de permettre en ce cas particulier du partage d'ascendant une détermination définitive au cours du mariage de la part de chaque époux dans les biens communs (57). La loi du 7 février 1938, qui vient de modifier tout récemment les règles du partage d'ascendant, laisse subsister sur ce point les dispositions antérieures. Mais elle ajoute à l'article 1097 interdisant les donations mutuelles entre époux contenues dans un seul acte un alinéa nouveau ainsi conçu : « Néanmoins, cette interdiction sera inapplicable aux partages d'ascendants dans lesquels les donateurs stipulent à leur profit et au profit du

(52) Cass., 13 novembre 1849 et 23 décembre 1861, précités.

(53) Cass. Civ., 25 février 1925, D. 1925. 1. 185, n. SAVATIER.

(54) Cass., 25 février 1925, précité ; — Limoges, 29 juin 1928, Sem. jurid., 4 octobre 1928.

(55) La Cour de Cassation a même décidé que le partage était nul s'il était fait par deux testaments rédigés le même jour et en contemplation l'un de l'autre (Cass., 25 février 1925, précité).

(56) Nancy, 11 juin 1887, D. 88. 2. 183.

(57) V. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1906, p. 146, note de M. GIRAUD ; — *Rev. trim.*, 1910, p. 670 ; — COLIN et CAPITANT, III, p. 946.

survivant d'eux, soit un usufruit, soit une rente viagère, soit une stipulation en nature ». L'impossibilité antérieure de ces stipulations (58) empêchait en fait les partages conjonctifs. Si le partage conjonctif reste donc pour les époux le seul mode de disposer des biens de la communauté en faveur de leurs enfants, du moins est-il facilité par cette disposition de la loi du 7 février 1938.

c) Règlements anticipés intervenant en prévision d'une instance en divorce ou en séparation de corps.

L'acte passé au cours du mariage et destiné, non plus à partager la communauté dès l'instant où il a été passé, mais à régler la liquidation des droits des époux après la dissolution du mariage, est contraire aussi, sans aucun doute, au principe d'immutabilité, bien que son exécution soit différée à un moment où le régime matrimonial sera dissous, car il suppose un engagement immédiat et définitif des époux.

Ainsi, la Cour de Besançon a annulé, comme contraire au principe d'immutabilité, un acte par lequel deux époux, antérieurement à une demande en divorce, avaient procédé au règlement de leurs reprises et au partage de la communauté (59). A la vérité, le règlement litigieux était inséré dans un « pacte d'honneur », et l'établissement de l'état liquidatif n'était en l'espèce qu'un élément d'une véritable convention synallagmatique aux termes de laquelle le mari s'engageait à faciliter la demande en divorce de sa femme en fournissant des griefs contre lui, la femme acceptant, en retour, certaines réductions dans l'établissement de ses droits à l'encontre de la communauté ou du mari. La convention tout entière, ayant pour but de régler un divorce par consentement mutuel, était donc nulle de nullité absolue. Mais la Cour a invoqué en termes formels le motif tiré du principe d'immutabilité qui suffisait à retirer au règlement en question toute son efficacité.

d) Règlements anticipés intervenant au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps.

(58) Cass. Civ., 19 janvier 1881, D. 81. 1. 181, — S. 81. 1. 108; — Paris, 23 juillet 1900, S. 1903. 2. 265.

(59) Besançon, 16 mai 1923, G. P., 1923. 2. 255. — Dans le même sens Cass. Civ., 26 janvier 1938; D. H. 1938. 197; G. P. *journ. quot.*, 13 et 14 mars 1938.

Si, dans les cas précédents, la nullité des règlements anticipés ne fait aucun doute, il n'en est pas de même lorsque ces règlements interviennent, ainsi qu'il arrive le plus souvent en pratique, au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps. La question de leur validité dans ce cas particulier est aujourd'hui nettement résolue dans le sens de la négative, mais elle a fait, il y a dix ou quinze ans, l'objet de discussions assez vives qu'il n'est pas sans intérêt de rappeler.

Les règlements d'intérêts qui interviennent au cours d'instances en divorce ou en séparation de corps sont toujours, en fait, des liquidations de communauté ou, du moins, nous n'en avons trouvé en jurisprudence que de tels exemples. Et ceci se conçoit aisément, sans même tenir compte de ce que le régime de communauté est, de beaucoup, le plus répandu. Pour les époux mariés sous un régime autre que la communauté — légale ou conventionnelle, — le règlement amiable en cours d'instance est moins utile, car la liquidation des intérêts est moins compliquée et pourra se faire sans difficulté et sans retard quand le jugement de divorce ou de séparation sera devenu définitif. Sans en rechercher davantage les motifs, tenons-nous en à ce qui est ; en fait, les règlements en cours d'instance sont des liquidations de communauté.

Les avantages de ces liquidations sont indéniables et ils expliquent leur fréquence. Elles suppriment les discussions, toujours pénibles et souvent agressives, qui se produisent lorsqu'il s'agit de procéder au règlement d'intérêts pécuniaires entre des époux que le jugement de divorce ou de séparation de corps a rarement satisfaits dans son appréciation de leurs torts. Elles permettent, surtout, d'éviter une perte de temps. Venant à la suite d'instances déjà longues, les liquidations de communauté, si complexes que certaines se prolongent durant plusieurs années, entraînent souvent une véritable gêne pour les époux en retardant la libre disposition de leurs biens. Cette gêne se fait surtout sentir, jusqu'à en devenir insupportable, lorsqu'il s'agit d'un époux divorcé qui désire se remarier ; il peut avoir des motifs pressants de régler ses intérêts pécuniaires et de reprendre sa liberté. Ceci explique d'ailleurs, par une raison d'ordre psychologique, que les liquidations anticipées soient plus fréquentes au cours des instances en divorce

qu'au cours des instances en séparation de corps ; les époux qui se séparent seulement n'ont pas les mêmes motifs de hâter le règlement de leurs intérêts.

Sans doute, pour éviter de laisser, pendant la durée de la liquidation postérieure au jugement, la femme sans ressources, les tribunaux condamnent parfois le mari à lui payer une somme annuelle représentant les intérêts du montant total de ses reprises et de sa part de communauté évalué approximativement. Mais on n'évite ainsi une difficulté que pour en faire naître une autre. Cette somme n'est attribuée à la femme qu'à titre d'avance remboursable ; par conséquent, si la femme a touché, en fait, des intérêts supérieurs à ses droits véritables, elle devra restituer au mari les sommes reçues en trop. Ces restitutions ultérieures de revenus peuvent être fort onéreuses pour la femme, et, malgré la prudence des tribunaux, étant donné la difficulté qu'éprouvent les juges à évaluer ainsi d'avance la somme dont le mari se trouvera comptable, elles se produisent souvent.

Les liquidations amiables en cours d'instance évitent tous ces retards et ces difficultés. En pratique, elles présentent un intérêt certain. Mais sont-elles licites en droit ? La doctrine se prononce en majorité pour leur nullité (60), et telle est aussi la solution de la jurisprudence (61). Sur quels arguments fonde-t-on cette nullité ? Et comment les auteurs et les tribunaux réfutent-ils les réponses que les partisans de la validité des liquidations anticipées ne manquent pas de fournir à leurs arguments ?

(60) PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. VIII par M. NAST, n° 54, — t. IX, n° 683 ; — BAUDRY-LACANTINERIE, *Le Courtois et Surville*, 3^e éd., t. II, n° 990 ; — COLIN et CAPITANT, III, p. 33 ; — JOSSEAND, III, p. 241 ; — NAQUET, n., S. 1904. 1. 505 ; — SAVATIER, n., D. 1925. 1. 137 ; — NAST, n., D. 1926. 1. 13 ; — DEMONTÈS, *Journ. des notaires*, 1924, p. 353 ; — DEYZAC, *Journ. du notariat*, 1925, p. 33.

(61) Paris, 24 mars 1903, D. 1905. 2. 1, n. PLANIOL ; — Req. 6 avril 1903, S. 1904. 1. 505, n. NAQUET ; — Besançon, 16 mai 1923, G. P., 1923. 2. 255 ; — Trib. civ. Seine, 27 octobre 1924, g. P., 1924. 2. 624 ; — Paris, 2 mars 1925, D. 1926. 2. 13, n. NAST ; — Trib. civ. Seine-Inférieure, 25 octobre 1926, G. P., 1927. 1. 154, D. H. 1927. 44 ; — Paris, 25 janvier 1927, G. P., 1927. 1. 610 ; — Aix, 24 octobre 1928, D. H. 1930, som., p. 10 ; — Trib. civ. de Chartres, 25 avril 1929, G. P., 1929. 2. 73 ; — Paris, 4 novembre 1932, D. H. 1933. 10 ; — Req., 3 avril 1935, D. H. 1935. 284.

Les époux ont invoqué parfois comme motif de la nullité de l'acte liquidatif souscrit par eux en cours d'instance l'incapacité de la femme mariée. La jurisprudence n'a jamais admis ce moyen (62) ; il ne résiste pas au plus simple examen. Aux termes de l'article 217, le concours du mari à l'acte suffit pour habiliter la femme, et le mari concourt à l'acte lorsqu'il contracte conjointement avec la femme (63). La règle *nemo in rem suam auctor esse potest* interdit au protecteur d'un incapable de passer des contrats avec celui-ci sous sa seule autorisation. Mais cette règle, dans le système du Code civil, ne s'appliquait pas au mari contractant avec sa femme : l'article 217 exigeait seulement l'autorisation du mari pour habiliter la femme, sans distinguer si celle-ci contractait avec le mari ou avec un tiers. La loi du 18 février 1938 ne laisse à ces questions qu'un intérêt rétrospectif et achèverait, s'il en était besoin, de réduire à néant l'argument contre la validité des liquidations anticipées que l'on prétendait trouver dans l'incapacité de la femme mariée.

Les tribunaux ont tenté de fonder la nullité des liquidations conventionnelles faites en cours d'instance sur l'article 1453 du Code civil (64). Ce texte dispose que la femme commune en biens ne peut exercer par anticipation son option sur la communauté. La liquidation et le partage amiables de la communauté supposent, selon cette jurisprudence, que la femme a pris parti, et renoncé, avant la dissolution de la communauté, à sa faculté d'option, ce qui lui est interdit par l'article 1453. Mais les partisans de la validité des règlements anticipés ont trouvé sans peine une réponse, qui nous semble péremptoire, à cet argument de la jurisprudence (65). La liquidation anti-

(62) Aix, 25 janvier 1922, G. P., 1922. 1. 265; — NAQUET, n., S. 1904. 1. 505.

(63) Req., 5 mai 1857, D. 57. 1. 303; — Civ., 22 février 1893, D. 93. 1. 205; — Req., 30 décembre 1902, D. 1903. 1. 150; — Civ., 11 décembre 1929, D. H. 1930. 116, — S. 1930. 1. 124.

(64) Paris, 2 mars 1925, D. 1926. 2. 13; — Trib. civ. Seine-Inférieure, 25 octobre 1926, G. P., 1927. 1. 154, D. H. 1927. 44; — Aix, 24 octobre 1928, D. H. 1930, som., p. 10; — Trib. civ. de Chartres, 25 avril 1929, G. P., 1929. 2. 73.

(65) Aix, 25 janvier 1922, G. P., 1922. 1. 265; — GAUDEMET, *Rev. trim.*, 1922, p. 609; — NAST, n., D. 1926. 2. 13.

cipée de la communauté ne suppose pas que la femme renonce à sa faculté d'option. Au contraire, elle est conditionnelle et subordonnée à l'acceptation définitive de la communauté par la femme. Après le prononcé du jugement, la femme — ou ses héritiers — prendront librement parti, comme le veut l'article 1453 ; s'ils acceptent la communauté, la convention de partage anticipé recevra son exécution ; s'ils renoncent, l'acte restera sans effet.

Ce caractère conditionnel des règlements faits en cours d'instance est insuffisant, suivant un jugement du Tribunal de la Seine-Inférieure du 25 octobre 1926 (66), pour les soustraire à la nullité dont l'article 1453 les frappe. « On objecte vainement, dit le Tribunal, que les règlements anticipés ne suppriment pas la faculté de répudier puisqu'ils ne deviennent définitifs que par acceptation de la communauté par la femme ou ses héritiers ; en effet, la liquidation de la communauté, avant sa dissolution, et notamment lorsque les parties ont considéré dès l'instant où elles y ont procédé, qu'elle devait être définitive, est incontestablement, au moment où elle est faite, une convention frappée d'une nullité d'ordre public par l'article 1453 et par suite inexistante, d'où il suit que l'acceptation ultérieure de la communauté ne peut valider ou faire revivre cette convention qui n'est, au surplus, pas susceptible de confirmation. »

Le Tribunal nous semble avoir fait ici une confusion que nous voudrions dissiper. Si l'acte amiable de liquidation présente vraiment ce caractère définitif que signale le jugement, il est hors de doute qu'il contrevient à l'article 1453 et qu'il est frappé par ce texte d'une nullité absolue. Ceci n'est même pas contesté par les partisans de la validité de principe des liquidations anticipées. L'acte liquidatif antérieur à la dissolution du régime n'est valable, même pour ces auteurs, que s'il est subordonné à la dissolution de la communauté d'une part et, d'autre part, au libre exercice à ce moment de l'option de la femme. Ainsi, M. Gaudemet, le plus ardent partisan de la validité des liquidations conventionnelles en cours d'ins-

(66) Trib. civ. Seine-Inférieure, 25 octobre 1926, G. P., 1927. 1. 154, — D. H. 1927. 44.

tance, analysant dans la chronique jurisprudentielle de la Revue trimestrielle un arrêt de la Cour de Paris du 2 mars 1925 (67), qui avait annulé une convention de partage anticipé de communauté, reconnaît que la décision est justifiée, car il apparaissait en l'espèce que le règlement était définitif et exclusif de toute condition tacite d'acceptation ultérieure de la communauté.

Mais lorsque la liquidation anticipée présente nettement le caractère provisionnel, nous ne pensons pas qu'elle soit, ainsi que le prétend le Tribunal de la Seine-Inférieure, frappée, au moment où elle est faite, de nullité absolue par l'article 1453. Le caractère conditionnel de la convention, en réservant précisément l'application ultérieure de l'article 1453, fait échapper l'acte à toute nullité fondée sur ce texte. L'acceptation de la communauté apparaît alors comme une condition suspensive qui se réalise, et non comme la confirmation impossible d'un acte nul *ab initio* (68).

L'article 1453 frappe donc de nullité, croyons-nous, seulement les liquidations anticipées qui présenteraient un caractère définitif. Quant aux liquidations conservant le caractère conditionnel — les plus fréquentes, — elles ne contreviennent pas à l'article 1453. Il nous semble par suite que le motif tiré de ce texte est insuffisant pour fonder la nullité de principe des liquidations amiables faites au cours d'instance en divorce ou en séparation de corps. D'ailleurs, la jurisprudence paraît avoir renoncé à l'invoquer, et les dernières décisions en date ne le retiennent plus (69).

Le jugement du Tribunal de la Seine-Inférieure dont nous venons de parler contient, en faveur de la nullité des liquidations conventionnelles intervenues en cours d'instance, un autre argument dont il n'est fait mention dans aucune des autres décisions. La validité de la liquidation se heurte, disent les juges de Rouen, au principe d'après lequel la femme mariée ne peut, sauf dans les cas visés par les articles 1426 et

(67) Paris, 2 mars 1925, D. 1926. 2. 13, n. NAST; — GAUDEMET, *Rev. trim.*, 1925, p. 889.

(68) GAUDEMET, *Rev. trim.*, 1927, p. 184.

(69) Paris, 17 janvier 1927, G. P. 1927. 1. 610; — Req., 3 avril 1935, D. H., 1935, 284.

1427, disposer des biens communs. Sans doute, l'autorisation maritale donne à la femme le pouvoir d'engager la communauté et même le mari pour les obligations qu'elle contracte (art. 1409 et 1419), mais cette règle exceptionnelle ne peut être étendue en dehors du cas formellement prévu par la loi. Le Tribunal n'a-t-il pas fait ici une confusion du même genre que celle qu'il a commise, à notre avis, pour l'application de l'article 1453 ? La liquidation anticipée de communauté ne nous paraît pas supposer forcément de la part de la femme l'exercice d'un pouvoir actuel de disposition sur les biens communs. Si la convention doit recevoir une exécution immédiate et définitive, non subordonnée à la dissolution du régime matrimonial, elle suppose évidemment de la part de la femme l'exercice d'un pouvoir qu'elle n'a pas sur les biens communs, et elle est nulle de ce chef. Mais dans le cas — habituel — où l'exécution de la convention est conditionnelle, l'argument tiré des articles 1426 et 1427 nous semble sans portée : la femme n'exerce aucun pouvoir de disposition sur les biens communs.

L'incapacité de la femme mariée, l'argument tiré de l'article 1453, celui qu'un tribunal a découvert dans les articles 1426 et 1427 ne peuvent servir de fondement à la nullité de principe des liquidations conventionnelles de communauté faites au cours d'instance en divorce ou en séparation de corps. Par contre, le principe de l'immutabilité du régime matrimonial suffit à justifier, et à imposer cette solution.

Tant que dure le mariage, il interdit aux époux de déterminer leurs parts dans une communauté qui n'est pas dissoute, même par un acte qui ne devrait recevoir exécution qu'après la dissolution de la communauté. Tout le monde est d'accord sur ce point.

Mais, lorsqu'il s'agit d'une liquidation conventionnelle intervenue au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps, répondent les partisans de la validité de tels règlements amiables, l'application du principe d'immutabilité est écartée en raison de la rétroactivité spéciale du jugement de divorce ou de séparation de corps. La jurisprudence a toujours admis (70) que l'article 1445, aux termes duquel le jugement

(70) Req., 20 mars 1855, D. 55. 1. 329, — S. 55. 1. 401; — Civ., 12 mai 1869, D. 69. 1. 270, — S. 69. 1. 301; — Civ., 13 mars 1872, D. 72. 1. 49, — S. 72. 1. 74; — Civ., 18 juin 1877, D. 77. 1. 445.

de séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande, s'applique également, ses termes étant absolus, à la séparation de biens prononcée en suite d'une séparation de corps. Toutefois, elle n'a pu admettre cette rétroactivité que dans les rapports des époux entre eux et non à l'égard des tiers, parce que la demande en séparation de corps n'est entourée d'aucune publicité destinée à en prévenir ceux-ci.

Par la loi du 18 avril 1886 transformant le texte de l'article 252 du Code civil, le législateur a consacré cette jurisprudence — au moins discutable — et l'a étendue au divorce, en attachant, dans les rapports des époux, un effet rétroactif à la transcription du jugement de divorce. La loi du 26 juin 1919, destinée à résoudre des difficultés qui s'étaient produites sur l'interprétation du texte de 1886, attribue cet effet rétroactif au jugement ou à l'arrêt devenu définitif. L'article 252 est aujourd'hui ainsi conçu : « Le jugement ou l'arrêt devenu définitif remontera, quant à ses effets entre époux, en ce qui concerne leurs biens, au jour de la demande. »

Toute la discussion sur l'application du principe d'immutabilité aux liquidations amiables faites au cours d'instance en divorce ou en séparation de corps repose sur cette formule de l'article 252. Les effets du divorce remontent, dans les rapports entre époux, en ce qui concerne leurs biens, au jour de la demande, disent les partisans de la validité de ces conventions. La communauté est donc réputée juridiquement dissoute le jour de la demande. Une liquidation intervenue au cours de l'instance doit, par suite, être considérée, en droit, comme postérieure à cette dissolution rétroactivement acquise. Elle n'est donc pas contraire au principe de d'immutabilité du régime matrimonial, qui cesse de s'appliquer au moment de la dissolution du mariage.

Cette argumentation a été suggérée par Planiol dès 1905 (71). Critiquant, dans une note au Dalloz, un arrêt de la Cour de Paris qui avait annulé une liquidation intervenue au cours d'une instance en divorce, l'éminent professeur reconnaissait qu'en principe un acte entre vifs destiné à régler les droits des époux après la dissolution du mariage doit être annulé en

(71) PLANIOL, n., D. 1905. 2. 1.

raison du principe d'immutabilité ; mais, ajoutait-il, une cause pourrait rendre à cet acte l'efficacité que lui enlève l'article 1395 : l'anéantissement rétroactif du mariage, qui, en supprimant dans le passé la qualité d'époux, supprime en même temps le régime matrimonial et son immutabilité. Or, disait en terminant M. Planiol, l'article 252 entraîne une rétroactivité du même genre.

Ce système a surtout été défendu avec une persévérante conviction par M. Gaudemet dans la chronique jurisprudentielle de la Revue trimestrielle (72). De 1922 à 1927, alors même qu'à cette dernière date la jurisprudence était définitivement fixée dans le sens de la nullité des liquidations conventionnelles de communauté au cours d'instances en divorce ou en séparation de corps, M. Gaudemet n'a cessé de soutenir que l'article 252 fait en cette matière échec à l'article 1395.

Une seule décision à notre connaissance — un arrêt de la Cour d'Aix du 25 janvier 1922 (73) où M. Gaudemet s'était plu à rencontrer « la première consécration en jurisprudence d'une solution pratiquement excellente » (74) — a admis la validité d'une liquidation amiable faite au cours d'une instance en divorce, en se basant ainsi sur la rétroactivité de l'article 252. « Attendu, dit la Cour, que la transcription, postérieure à l'acte, du jugement qui, antérieurement, avait prononcé le divorce, a fait remonter les effets de ce divorce, dans les rapports des époux et le règlement de leurs intérêts pécuniaires, au jour de la demande (art. 252 *in fine*), si bien qu'il est devenu juridiquement vrai de dire que l'acte litigieux est postérieur à la dissolution de la communauté. »

Mais des décisions nombreuses (75) et la majorité de la doctrine (76), s'appuyant sur les motifs qui ont fait édicter

(72) GAUDEMET, *Rev. trim.*, 1922, p. 609, — 1923, p. 977, — 1925, p. 889, — 1927, p. 184.

(73) Aix, 25 janvier 1922, G. P., 1922. 1. 265.

(74) GAUDEMET, *Rev. trim.*, 1922, p. 609.

(75) Paris, 24 mars 1903, D. 1905. 2. 1; — Req., 6 avril 1903, S. 1904. 1. 505; — Besançon, 16 mai 1923, G. P., 1923. 2. 255; — Trib. civ. Seine-Inférieure, 25 octobre 1926, G. P., 1927. 1. 154, — D. H. 1927. 44; — Paris, 25 janvier 1927, G. P., 1927. 1. 610; — Paris, 4 novembre 1932, D. H. 1933. 10.

(76) V. en particulier, NAST, n., D. 1926. 2. 13; — DEMONTÈS, *Journ. des notaires*, 1924, p. 353.

l'article 252, refusent d'admettre qu'il puisse être opposé à l'article 1395. On sait quel a été le but de la loi du 18 avril 1886 qui édictait la rétroactivité du jugement de divorce dûment transcrit : étendre aux jugements de divorce la rétroactivité édictée par l'article 1445 pour les jugements de séparations de biens et que la jurisprudence appliquait aux jugements de séparation de corps. Les motifs de cette extension ressortent des travaux préparatoires de la loi, et tout spécialement des déclarations de M. Labiche au Sénat ; on a voulu empêcher l'un des époux, en prolongeant ou en abrégant la procédure, de modifier la composition de la communauté, et empêcher en particulier le mari de la modifier arbitrairement aux dépens de la femme. La rétroactivité du jugement de divorce a donc un but spécial. La disposition de l'article 252 signifie seulement que la composition de la communauté doit s'établir au jour de la demande et non au jour du jugement ; elle n'établit pas la portée absolue de la rétroactivité de la dissolution du régime. Aussi bien, la jurisprudence a-t-elle toujours décidé que la rétroactivité attachée par l'article 1445 aux jugements de séparation de biens a seulement une portée relative. « L'article 1445, dit la Cour de Cassation (77), a eu en vue de conserver à la femme les droits qui peuvent lui échoir pendant l'instance en séparation, mais il n'a pas entendu autoriser une exécution préventive et volontaire de la demande en séparation. » Ce qui est vrai de la rétroactivité des jugements de séparation de biens l'est aussi de celle des jugements de séparation de corps ou de divorce, qui n'est que l'extension de la première.

M. Gaudemet ne se laisse pas convaincre par ce raisonnement. La rétroactivité de l'article 252 est relative, il en convient ; elle s'applique seulement à la dissolution de la communauté ; mais ceci suffit, dit-il, à justifier sa thèse. Le législateur a voulu protéger la femme contre les actes abusifs du mari modifiant la communauté. Mais on ne trouve nulle part la marque d'une volonté quelconque du législateur quant aux

(77) Cass. Civ., 2 juillet 1873, D. 73. 1. 464 (confirmant Bourges, 25 janvier 1871, D. 72. 2. 172). — Dans le même sens, Req., 12 juin 1901, D. 1902. 1. 56.

liquidations anticipées. Et l'article 252 *in fine* permet de les valider puisqu'il prononce la rétroactivité de la dissolution de la communauté. « Pourquoi, demande M. Gaudemet, frapper ces conventions utiles d'une nullité de principe, sous prétexte d'atteindre les cas exceptionnels où elles ont pu être entachées de fraude ou d'abus d'influence ? » (78).

Contrairement à cette opinion, nous croyons, d'accord avec la jurisprudence, que l'article 252 est un texte insuffisant pour soustraire les liquidations amiables de communauté faites au cours d'instance en divorce ou en séparation de corps à la nullité dont les frappent les termes absolus de l'article 1395.

Tout d'abord, l'expérience montre qu'il est, pendant les instances en divorce ou en séparation de corps, plus nécessaire que jamais de protéger chacun des époux contre les manœuvres et les pressions dont il peut être l'objet de la part de son conjoint cherchant à lui faire consentir les concessions contraires à son intérêt propre — et par contre-coup aux intérêts de sa famille et des tiers, que le principe d'immutabilité a pour but de protéger. Les liquidations conventionnelles en cours d'instance sont, presque habituellement, le prix d'un marchandage imposé par l'un des époux à l'autre : l'un d'eux est pressé d'en finir avec la procédure pour reprendre sa liberté et contracter une nouvelle union, ou encore, il veut éviter une plainte en adultère (79) ; il est prêt à toutes les concessions pécuniaires. Il arrive même que ces liquidations servent à réaliser une sorte de divorce par consentement mutuel « homologué » en justice ; l'un des époux s'engage à n'opposer aucun grief, voire à fournir des griefs contre lui (80), si son conjoint signe le règlement pécuniaire qu'il lui propose. L'application ferme du principe d'immutabilité rend impossible toutes ces tractations et tous ces marchés.

En droit, elle s'impose. Donnons même à la disposition de l'article 252, sur laquelle on s'appuie pour l'écarter, son effet maximum. La communauté est réputée dissoute le jour de la demande en divorce ou en séparation de corps. Il ne s'en-

(78) GAUDEMET, *Rev. trim.*, 1927, p. 184.

(79) Req., 6 avril 1903, S. 1904. 1. 505, n. NAQUET.

(80) Besançon, 16 mai 1923, G. P., 1923. 2. 255.

suit pas que le jugement déclaratif qui prononce le divorce ou la séparation de corps joue comme l'avènement d'une condition entraînant la validité rétroactive des actes antérieurs. « Il ne faut pas, dit très justement M. Demontès, voir ici une véritable rétroactivité au sens technique du mot » (81). L'article 252 est seulement, nous le répétons, une institution de protection des époux ; il a pour but d'empêcher, surtout de la part du mari, des calculs dolosifs ; mais, comme l'écrit encore M. Demontès, « il ne saurait donner aux époux des droits particuliers », et spécialement leur conférer la faculté de se soustraire à l'immutabilité du régime matrimonial. Nous croyons donc que les liquidations conventionnelles de communauté intervenues au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps sont nulles comme contraires au principe de l'immutabilité du régime matrimonial.

La jurisprudence, ainsi que nous avons eu déjà l'occasion de le dire, est en ce sens. Dès 1903, la Cour de Paris annulait, en se basant sur le principe d'immutabilité, une liquidation faite au cours d'une instance en divorce (82), et, le 6 avril 1903, un arrêt de la Chambre des requêtes repoussait en ces termes formels l'argument tiré de l'article 252 : « La disposition de l'article 252 ne peut avoir pour effet de valider rétroactivement un acte intervenu au cours de l'union conjugale et modificatif des conventions matrimoniales » (83). D'autres décisions ont suivi, que nous avons déjà rencontrées : Tribunal civil de la Seine, 27 octobre 1924 (84), Paris, 2 mars 1925 (85), Tribunal civil de la Seine-Inférieure, 25 octobre 1926 (86), Paris, 25 janvier 1927 (87), Aix, 24 octobre 1928 (88), Tribunal civil de Chartres, 25 avril 1929 (89), Paris, 4 no-

(81) DEMONTÈS, *Liquidation provisionnelle de communauté au cours d'une instance en divorce*, Journ. des notaires, 1924, p. 353.

(82) Paris, 24 mars 1903, D. 1905. 2. 1, n. PLANIOL.

(83) Req., 6 avril 1903, S. 1904. 1. 505, n. NAQUET.

(84) Trib. civ. Seine, 27 octobre 1924 ; G. P., 1924. 2. 624.

(85) Paris, 2 mars 1925, D. 1926. 2. 13, n. NAST.

(86) Trib. civ. Seine-Inférieure, 25 octobre 1926. G. P., 1927. 1. 154, — D. H. 1927. 44.

(87) Paris, 25 janvier 1927, G. P., 1927. 1. 610.

(88) Aix, 24 octobre 1928, D. H. 1930, som., p. 10.

(89) Trib. civ. de Chartres, 25 avril 1929, G. P., 1929. 2. 73.

vembre 1932 (90). Un arrêt récent de la Chambre des Requêtes, en date du 3 avril 1935 (91), a consacré définitivement cette jurisprudence.

Le divorce avait été prononcé entre les époux John Rose, Anglais, et Anna Itier, Française. Au cours de l'instance, les époux avaient signé la convention suivante : la femme se désistait des appels formés par elle contre un jugement lui reconnaissant la nationalité anglaise, et dont la conséquence était l'application de la loi anglaise aux causes du divorce et au régime matrimonial des époux, donc, à la liquidation de leurs intérêts ; le mari s'engageait à verser entre les mains d'un notaire une certaine somme que celui-ci devait remettre à la femme après la transcription du divorce, et qui tenait lieu de reprise pour la femme. La Cour de Pau déclara que la convention ainsi passée « était entachée de nullité absolue et d'ordre public comme constituant un marché entre époux pour arriver à un jugement d'accord en matière de divorce, comme renfermant une transaction sur une question de nationalité, et une liquidation anticipée en cours de procédure de divorce et avant le prononcé de jugement des droits découlant pour la femme du mariage ». La Chambre des Requêtes a rejeté le pourvoi contre cette décision en déclarant que les motifs invoqués dans l'arrêt la justifiaient légalement. Elle considère donc comme acquise la solution de la jurisprudence antérieure suivant laquelle les liquidations intervenues au cours d'instances en divorce ou en séparation de corps sont frappées de nullité absolue par l'article 1395.

Dans la pratique, malgré le principe d'immutabilité, les époux demeurent libres de faire, au cours de l'instance en divorce ou en séparation de corps, un *projet* de liquidation ; les revues notariales contiennent des formules de tels projets (92). Ceci permet aux conjoints d'éviter les retards causés par l'établissement d'une liquidation après le jugement. Et un acte de cette nature ne porte pas atteinte au principe d'immutabilité ; ce n'est pas un acte juridique, mais, si nous osons ainsi

(90) Paris, 4 novembre 1932, D. H. 1933. 10.

(91) Req., 3 avril 1935, D. H. 1935. 284.

(92) *Journ. des notaires*, 1924, formules LVI ; — *Journ. du notariat*, 1926, p. 52.

nous exprimer, une simple opération de comptabilité. Quand le jugement de divorce sera devenu définitif, il faudra l'accord de volonté des deux époux pour que la liquidation de leurs droits soit établie sur les bases prévues dans le projet. Nous disons bien l'accord de volonté, et non la ratification : la ratification suppose une véritable convention, définitive, mais annulable ; or, l'acte en question n'est pas une convention.

Les liquidations de communauté faites du consentement mutuel des époux au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps soulèvent une dernière question. Jusqu'à quel moment de la procédure la liquidation doit-elle être considérée comme anticipée ? Si la question se pose dans les rapports des époux avec des tiers, il n'est pas douteux que toute liquidation intervenue avant la transcription du jugement de divorce ou de séparation de corps est anticipée. Si elle se pose dans les rapports des époux entre eux, une distinction doit être faite entre les instances en divorce et les instances en séparation de corps. Dans l'un et l'autre cas, la liquidation est anticipée si elle a lieu avant que le jugement ou l'arrêt, qui prononce le divorce ou la séparation de corps, soit devenu définitif. Mais, au cas de séparation de corps, les délais d'appel et de pourvoi ne sont pas suspensifs par eux-mêmes, et d'autre part, l'acquiescement au jugement de séparation est licite. Une liquidation intervenant pendant les délais des voies de recours n'est donc pas anticipée. Il en va tout autrement en matière de divorce. Ici, contrairement au droit commun, les délais d'appel et de pourvoi sont suspensifs, et l'acquiescement est illicite. Toute liquidation conclue avant l'expiration des délais des voies de recours contre le jugement ou l'arrêt de divorce est donc anticipée. Appliquant ces principes, un arrêt de la Chambre des Requêtes du 24 Novembre 1931 (93) a reconnu à une femme commune en biens la propriété de titres qui lui avaient été remis par le mari en vertu d'un règlement intervenu entre les époux pendant les délais d'appel à la suite d'un jugement de séparation de corps.

e) Règlements anticipés intervenant au cours d'instances en séparation de biens.

(93) Req., 24 novembre 1931, D. 1932. 1. 32.

Les règlements intervenus au cours d'une instance en séparation de biens sont également nuls comme contraires au principe de l'immutabilité du régime matrimonial (94). Tant que le jugement n'est pas prononcé, le régime matrimonial subsiste, immuable. La rétroactivité attachée au jugement de séparation de biens par l'article 1445 a pour but, nous l'avons déjà dit, de conserver à la femme les droits qui peuvent lui échoir pendant l'instance en séparation, et d'empêcher ainsi que la ruine de la femme ne soit consommée par un mari de mauvaise foi ; mais elle ne saurait avoir pour effet d'autoriser une liquidation effective avant le jugement. La femme ne peut donc se faire payer ses reprises au cours de l'instance, les paiements ainsi faits ne libèreraient le mari que jusqu'à concurrence de l'enrichissement de la femme. Le mari ne peut pas, au cours de l'instance, céder des biens à la femme en paiement de ses droits (95) ; l'article 1595 — 1° ne permet cette cession qu'au mari déjà séparé de biens ; une cession faite pendant l'instance serait donc inopposable aux créanciers du mari (96). Et même, en raison de l'article 1445, aucun acte d'exécution du jugement de séparation de biens et donc aucun règlement d'intérêts n'est valable au regard des créanciers s'il est intervenu avant que le jugement de séparation ait été publié selon les règles spéciales posées par ce texte.

2. — *Modification des bases de liquidation*

Il est évident que, si la dissolution de la communauté coïncide avec la dissolution du mariage, les époux redevenus libres, ou l'époux survivant et les héritiers de l'époux prédécédé peuvent liquider leurs droits dans la communauté dissoute sur des bases différentes de celles que fixe le statut matrimonial, sous

(94) PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. IX par M. NAST, n° 728 ; — AUBRY et RAU, VIII, § 515 et 516 ; — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n° 977.

(95) Civ., 2 juillet 1873, D. 73. 1. 464, — S. 73. 1. 320 ; — Rouen, 27 mars 1909, D. 1911. 2. 153, n. BINET, — S. 1910. 2. 161, n. WAHL ; — AUBRY et RAU, 5^e éd., t. VIII, § 516, texte et note 53 bis ; — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n° 977 ; — GAUDEMET, *Rev. trim.*, 1909, p. 685.

(96) PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. IX par M. NAST, n° 728, n. 3, critiquant Req., 12 décembre 1911, D. 1913. 1. 389, — S. 1913. 1. 393.

réserve, bien entendu, des droits des tiers (97). Ces arrangements portant sur le passif ou sur l'actif de la communauté sont même fréquents dans les liquidations et les partages.

Mais, si la communauté est dissoute alors que le lien matrimonial subsiste encore — pratiquement, au cas de séparation de corps ou de séparation de biens — le principe de l'immutabilité du régime matrimonial ne cesse pas de lier les époux, et la liquidation de leurs droits ne peut alors être faite suivant d'autres règles que celles du pacte matrimonial.

Le principe d'immutabilité interdit également aux époux communs en biens de renoncer, au cours du mariage, aux « récompenses » qui ont été instituées par le Code pour rétablir, lors de la liquidation de la communauté, l'équilibre conforme aux règles du régime entre la masse des biens communs et les masses des biens propres des époux.

L'application de l'article 1395 aux liquidations de communauté, postérieures à une séparation de biens, principale ou accessoire d'une séparation de corps, et les rapports du principe d'immutabilité avec la théorie des récompenses posent plusieurs questions.

a) Liquidations de communauté postérieures à une séparation de corps ou à une séparation de biens.

Le principe d'immutabilité ne cessant pas de lier les époux après le jugement de séparation de biens, ou de corps, puisque le mariage subsiste, l'acte liquidatif de la communauté ne peut donc déroger, de l'accord des époux, à leur statut matrimonial.

Les raisons d'être profondes du principe d'immutabilité s'opposent à ce que les règles d'attribution et de répartition des biens prévues par le contrat de mariage ou par la loi puissent être modifiées lors de la liquidation de la communauté, c'est-à-dire au moment même où elles doivent entrer en application. Quelle sauvegarde resterait-il aux intérêts protégés par l'article 1395 si, alors que le lien matrimonial demeure, ces règles cessaient d'être intangibles ?

L'intérêt des époux, de la famille, et des tiers militent au contraire pour que l'immutabilité des conventions matrimoniales établissant les bases de la liquidation soit respectée dans

(97) PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. IX, n° 827.

les liquidations de communauté postérieures à une séparation de biens. L'intérêt des époux l'exige, car c'est dans de telles liquidations que pourrait se dissimuler, sous l'apparence d'une clause obscure, et mal comprise ou mal interprétée par l'un des conjoints, la donation irrévocable dont la loi a voulu exclure la possibilité en déclarant immuables les conventions matrimoniales. L'intérêt de la famille est en jeu, car c'est en prévision de la liquidation que les parents des époux, en imposant sous forme de contrat de mariage une charte pécuniaire au foyer naissant, ont tenu à stipuler des avantages, restitutions ou garanties qui leur ont semblé indispensables à l'intérêt des conjoints et à l'intérêt familial. Et les créanciers, qui doivent exercer leurs droits sur le patrimoine des époux, leurs débiteurs, ont un intérêt évident à ce que la liquidation fasse apparaître ce patrimoine tel qu'il est établi par les règles du régime sur la foi desquelles ils ont traité avec les époux.

En droit, il semble que la séparation de biens, puisqu'elle met fin à la communauté, anéantisse aussi toutes les clauses gouvernant ce régime, et accorde par suite aux époux, la faculté de modifier leurs conventions relatives à la liquidation. Il n'en est rien. La séparation de biens, principale ou accessoire, ne supprime pas l'immutabilité du régime matrimonial. Nous verrons plus loin, en étudiant la portée exacte de l'exception qu'elle apporte à ce principe, que, si elle intervient entre époux mariés sous le régime dotal, elle laisse subsister l'inaliénabilité dotale, et les clauses relatives aux biens dotaux : clauses d'emploi, clause exigeant une garantie hypothécaire ou une caution pour la réception des deniers dotaux. Sous le régime de communauté, quels sont les effets du jugement de séparation de biens ? Substituant à la communauté un régime nouveau, il entraîne une dissolution de la communauté, il restitue à la femme l'administration et la jouissance de ses biens propres. Dans cette mesure, mais dans cette seule mesure, autorisée et définie par le Code, il déroge au principe posé par l'article 1395. En dehors de ces effets relatifs à la dissolution de la communauté et à la perte des droits du mari sur les biens propres de la femme, il laisse subsister, *avec leur immutabilité*, toutes les clauses du contrat compatibles avec le régime nouveau qu'il instaure. Les clauses relatives à la liqui-

dation, par exemple : clause de reprise d'apport franc et quitte, clause de préciput, stipulation de parts inégales, clause de prélèvement facultatif, etc... doivent donc être respectées. La liquidation de la communauté postérieure à un jugement de séparation de corps ou de séparation de biens qui ne rompt pas le lien matrimonial, n'est pas une convention librement discutée entre les époux ; elle n'est que l'application presque mathématique des règles conventionnelles ou légales qui s'imposent à leurs deux volontés.

La Cour de Cassation a ainsi décidé, par un important arrêt du 3 Novembre 1924 (98), qu'une liquidation de communauté postérieure à un jugement de séparation de biens devait être faite conformément au statut matrimonial.

Les faits étaient les suivants : Les époux Lepetit-Laforêt avaient contracté mariage sous le régime de la communauté d'acquêts ; il était stipulé dans le contrat que la femme reprendrait ses apports francs et quittes de toutes dettes et charges de la communauté. Au cours du mariage, la femme remit en nantissement des valeurs qui lui étaient propres, pour sûreté d'une opération effectuée par le mari. La séparation de biens étant ultérieurement prononcée, les époux insérèrent dans l'état liquidatif la clause suivante : « la dame Lepetit-Laforêt déclare reprendre ses valeurs telles qu'elles se comportent actuellement avec tous les droits et obligations qui y sont attachées et faire son affaire personnelle de l'effet du nantissement qui les grève ; en conséquence, elle déclare décharger expressément son mari de toute responsabilité actuelle et future, et, par suite, aucune indemnité ne pourra être ajoutée à ses reprises et créances ». Par la suite, un ordre fut ouvert sur un immeuble vendu par les époux. La dame Lepetit-Laforêt réclama sa collocation au rang de son hypothèque légale, en invoquant la créance acquise contre son mari du fait de son intervention dans le nantissement et nonobstant la décharge à laquelle elle avait souscrit dans l'acte liquidatif.

La Cour de Cassation, rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'Amiens, déclara que la clause insérée dans

(98) Cass. Civ., 3 novembre 1924, D. 1925. 1. 137, n. SAVATIER, S. 1925. 1. 12.

l'acte liquidatif et aux termes de laquelle la femme renonçait à reprendre ses apports francs et quittes, n'était pas opposable à la femme, étant nulle comme contraire au principe de l'immutabilité du régime matrimonial. « Attendu, dit la Cour suprême, que, si la séparation de biens apporte une exception à ce principe en restituant à la femme commune en biens l'administration et la jouissance de son patrimoine, et en entraînant une dissolution anticipée de la communauté, elle ne produit pas d'autres conséquences que ces deux effets indiqués par la loi ; — que, notamment, la liquidation de la communauté doit s'effectuer en conformité des stipulations du contrat qui la concernent, la séparation de biens, instituée pour sauvegarder les droits de la femme compromis par la mauvaise administration du mari, ne pouvant avoir pour résultat de valider un accord par lequel elle se dépouillerait des garanties prescrites dans son intérêt et celui de la famille par le pacte matrimonial ». Cette décision a été approuvée, à juste titre, par la doctrine (99).

Dans la note remarquable qui l'accompagne au Dalloz, M. Savatier écrit : « Nous pensons même que, dans l'acte liquidatif postérieur à la séparation de biens, ne peuvent s'incorporer des clauses qui seraient permises aux époux séparés, une fois la liquidation achevée ». Sans doute, après la liquidation, opérée sur les bases du contrat de mariage, les époux peuvent faire entre eux toutes conventions qui sont compatibles avec leur régime nouveau de séparation de biens. De tels arrangements sont d'ailleurs indispensables pour assurer en pratique la vie commune au moyen de ressources prélevées sur les patrimoines que le régime de communauté bloquait et que le nouveau régime a séparés ; c'est ainsi qu'il est nécessaire de fixer la contribution de la femme aux charges du ménage. Ces arrangements sont certainement légitimes, mais, suivant M. Savatier, ils ne le sont qu'autant qu'ils ne viennent pas modifier et obscurcir en s'y incorporant la liquidation de la communauté. « La liquidation, écrit-il encore avec son habituelle clarté, doit tout d'abord être faite purement et simplement,

(99) SAVATIER, n., D. 1925. 1. 137 ; — NAST, *Rev. crit.*, Examen doctrinal, p. 578 ; — GAUDEMET, *Rev. trim.*, 1925, p. 889.

suivant le régime qu'il s'agit de liquider ; ainsi l'exigent tous les intérêts protégés par l'immutabilité de ce régime. Ce n'est qu'après cette liquidation, et sur la table rase qu'elle aura faite, qu'interviendront valablement, et au besoin dans le même acte, les arrangements entre époux, permis, sur les patrimoines ainsi délimités, par le régime de séparation de biens ». « Qu'on n'accuse pas cette solution, ajoute M. Savatier, d'un inutile formalisme. Non seulement elle est seule compatible avec la protection des intérêts que sauvegarde l'immutabilité des conventions matrimoniales, et que renforce pour la séparation de biens judiciaire l'article 1444, mais elle est si conforme à la nature des choses que le droit positif lui prête de nombreux arguments d'analogie ». Et il cite, en effet, se limitant à deux exemples, la survivance des sociétés pendant la liquidation, et l'interdiction d'insérer des traités dans les comptes de tutelle (art. 472). L'analogie est évidente dans ce dernier cas. Et, si la société survit pendant la liquidation, comment admettre que la communauté n'est pas réputée survivre tant que la liquidation n'est pas achevée — la communauté, et donc son immutabilité ? On ne peut que reconnaître le bien-fondé de l'opinion de M. Savatier.

Le principe d'immutabilité du régime matrimonial exige donc que les époux séparés de biens procèdent à la liquidation de la communauté ayant existé entre eux suivant les règles conventionnelles ou légales qui concernent cette liquidation, et qu'ils ne peuvent modifier de leur consentement mutuel. Quand cette liquidation, claire et complète, aura été opérée, les conjoints pourront valablement faire les conventions nécessaires pour aménager leur nouveau régime de séparation de biens.

b) Renonciation aux récompenses.

On sait que, pendant la communauté, il se produit souvent, malgré la confusion qui règne en fait entre elles aux mains du mari, des échanges de valeurs entre les différentes masses de biens : biens communs, propres du mari, propres de la femme, et il arrive fréquemment que des emprunts soient faits à l'une de ces masses dans l'intérêt d'une autre. Il en résulte que le groupe des biens communs devient créancier des deux

autres, ou inversement. Les créances réciproques s'appellent des récompenses. Tant que dure la communauté, il n'y a pas lieu de s'en préoccuper, mais, lors de la liquidation, il faut procéder à leur règlement.

Les récompenses — dont il n'est pas question d'exposer ici la théorie générale — ont pour but d'éviter tout enrichissement par voie oblique de l'un des époux aux dépens de l'autre. Elles servent aussi à rétablir, entre les patrimoines des époux, l'équilibre conforme au statut matrimonial. Bien que ceci soit sujet à controverse, elles apparaissent donc, ainsi que la subrogation réelle, liées au principe d'immutabilité du régime matrimonial dont elles contribuent à assurer le respect (100).

Il convient, d'ailleurs, de remarquer que la théorie des récompenses, si elle est, come la subrogation réelle « un moyen technique » (101) dont le Code civil et la tradition se sont servis pour assurer l'équilibre entre les trois groupes de biens existant sous le régime de communauté, présente moins d'avantages que la théorie de la subrogation réelle. Celle-ci, en effet, a pour résultat de maintenir intacte la consistance respective de chaque masse au cours même de la communauté « et prévient ainsi les ruptures d'équilibre entre elles, tandis que la théorie des récompenses ne joue qu'à la dissolution et ne peut que réparer les conséquences des modifications apportées à la consistance de ces trois masses, sans empêcher ces modifications de se produire » (102). D'autre part, les récompenses ne sont que de simples droits de créance, tandis que la subrogation réelle crée un droit de propriété, avec tous les avantages de celui-ci sur un droit de créance, en particulier la suppression du risque d'insolvabilité.

Les récompenses servant à assurer l'immutabilité des conventions matrimoniales, il s'ensuit qu'il est interdit aux époux, sous peine de contrevenir à l'article 1395, de renoncer aux récompenses qui peuvent leur être dues.

Il faut préciser. Il n'est pas interdit aux époux de renoncer

(100) PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. VIII par M. NAST, n° 460; — JOURNAL, III, n° 288; — CONTRA, COLIN et CAPITANT, III, p. 193.

(101) PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. VIII par M. NAST, n° 460.

(102) PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. VIII par M. NAST, n° 452.

au cours du mariage à une récompense déterminée. Une telle renonciation constitue une donation indirecte entre époux, et nous verrons que ces donations sont valables. C'est ainsi que la jurisprudence admettait la validité de la renonciation au remboursement des sommes payées par la communauté pour la constitution d'une rente viagère ou d'une assurance sur la vie au profit de l'un des époux avant même que la loi du 13 juillet 1930 ne fût venue consacrer cette solution en ce qui concerne les assurances.

Ce qui est contraire au principe d'immutabilité et, partant, interdit, c'est que les époux renoncent d'une manière générale, à tout droit à récompense (103). Cependant, on cite en jurisprudence un arrêt de la Cour d'Alger (104), confirmé en Cassation (105), qui a validé une telle renonciation, intervenue, il est vrai, dans des circonstances particulières.

Au cours d'une donation-partage faite par les époux Angelvy au profit de leurs enfants, et comprenant les biens immeubles dépendant de la communauté, la clause suivante avait été stipulée. « Les reprises que chacun des époux aurait à exercer contre la communauté, et les récompenses qu'il pourrait lui devoir se confondent avec les immeubles donnés, et en conséquence se trouvent éteintes, de telle sorte que la donation est censé comprendre les prélèvements pour les reprises et la charge des déductions qui seraient à opérer pour les récompenses. Par suite, les reprises des époux et les récompenses qu'ils peuvent devoir à la communauté se trouvent définitivement éteintes ». Après la donation-partage, la séparation de corps fût prononcée entre les époux Angelvy. Au cours de la liquidation de communauté qui s'ensuivit, le mari contesta la validité de la clause ci-dessus rapportée, qui violait, soutint-il, le principe de l'immutabilité du régime matrimonial.

La Cour d'Alger déclara la clause valable. La renonciation pure et simple des époux aux avantages qu'ils tiennent du régime matrimonial serait incontestablement nulle, dit, en substance, la Cour ; mais on ne saurait assimiler à une telle re-

(103) PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. VIII par M. NAST, n° 449.

(104) Alger, 20 mai 1931, G. P., 1931. 2. 373. — S. 1931. 2. 227.

(105) Cass. Req., 14 décembre 1932, D. H. 1933. 17, — S. 1933. 1. 254.

nonciation l'acte par lequel les époux renoncent à profiter de ces avantages pour en transmettre le bénéfice à leurs enfants. « En effet — et ce sont ici les propres termes de l'arrêt — une telle renonciation en faveur d'un tiers, loin d'être un changement aux clauses du contrat, en est, au contraire, l'exécution ; en pareil cas, l'époux donateur n'abandonne pas son droit, mais il en use pour en faire profiter un autre. »

L'arrêt de la Cour d'Alger a été frappé de pourvoi. Ce pourvoi a été rejeté sous le seul motif que l'arrêt attaqué, interprétant souverainement la clause litigieuse, ne l'avait pas dénaturée. Il est regrettable que la Cour de Cassation n'ait pas cru devoir donner son avis de principe sur une clause dont la validité était au moins discutable. Il nous semble hors de doute que la renonciation générale aux récompenses est une atteinte au principe d'immutabilité. La Cour la déclare valable en l'interprétant comme une renonciation translatrice consentie en faveur des enfants. Elle fait ainsi application d'une distinction classique — et que nous retrouverons — entre les renonciations translatrices que la jurisprudence déclare valables et les renonciations abdicatives qu'elle annule. Suivant cette distinction, chacun des époux peut valablement renoncer en faveur d'un tiers à un avantage stipulé au contrat, il ne peut pas renoncer à cet avantage purement et simplement pour l'abandonner en faveur de son conjoint ou pour permettre à celui-ci d'en disposer. Mais nous ne croyons pas que, dans l'espèce déférée à la Cour d'Alger, il y ait eu lieu de faire intervenir une telle distinction. La renonciation, en effet, est stipulée en termes absolus : « les reprises et les récompenses que les époux peuvent devoir à la communauté se trouvent définitivement éteintes ». Les époux nous paraissent dès lors appelés, au moins éventuellement, à bénéficier de cette clause, par exemple au cas de révocation de la donation ; il s'agit donc, croyons-nous, d'une renonciation abdicative, du moins en partie. Peut-on l'interpréter comme une série de donations indirectes, ce qui justifierait la solution de la Cour d'Alger ? Nous ne le pensons pas, car cette interprétation nous paraît violer nettement le principe d'immutabilité. La solution de la Cour d'Alger nous semble donc loin d'être certaine.

§ 3. — MODIFICATIONS AUX DONATIONS FAITES EN VUE
DU MARIAGE

En principe, nous l'avons dit, les donations contenues dans le contrat de mariage, et, plus largement d'après la jurisprudence, les donations faites « en vue du mariage » sont considérées comme des conventions matrimoniales, et soumises au principe d'immutabilité. Mais l'application de ce principe aux donations ne va pas sans difficultés. Il s'agit, en effet, de le concilier avec le droit qu'ont les époux de disposer des biens donnés.

Afin d'opérer cette conciliation, la jurisprudence annule seulement certaines modifications aux donations faites en vue du mariage, et admet au contraire la validité de certaines autres qui ne lui semblent pas contraires au principe d'immutabilité. Il faut, pour étudier cette jurisprudence et en apprécier la valeur, distinguer les donations entre futurs époux et les donations faites par des tiers aux époux.

I. — Donations entre futurs époux

Les donations entre futurs époux peuvent être, soit des donations de biens présents, soit des donations de biens à venir, soit des donations cumulatives. En fait, ce sont surtout des gains de survie : donations de biens présents ou de biens à venir au profit du survivant. Les lois qui ont étendu les droits héréditaires du conjoint survivant n'empêchent pas que les stipulations de gains de survie soient demeurées d'une pratique courante dans les contrats de mariage.

Quelles sont, d'après la jurisprudence et la doctrine, les conséquences de l'immutabilité de ces donations ?

Remarquons d'abord que le principe d'immutabilité ne s'oppose pas à ce que des libéralités nouvelles viennent augmenter au cours du mariage celles qui sont contenues au contrat : les donations entre époux sont permises, à condition d'être révocables (art. 1096).

Naturellement, les libéralités testamentaires nouvelles sont permises aussi. Quant à la validité d'une modification par voie testamentaire aux donations faites par contrat, nous réservons

la question, qui se rattache à la portée d'application du principe d'immutabilité quant au temps.

Pratiquement, la question de l'application du principe d'immutabilité aux donations entre futurs époux ne se pose donc que pour la renonciation de l'époux donataire à la libéralité qui lui a été consentie. La jurisprudence la résoud par une distinction entre les renonciations abdicatives, qu'elle frappe de nullité, et les renonciations translatives, dont elle admet la validité.

La renonciation est abdicative lorsque l'époux bénéficiaire de la libéralité y renonce, purement et simplement, soit pour abandonner un droit en faveur du donateur, soit, ce qui est le cas le plus fréquent, pour permettre au donateur de disposer autrement de ses biens. D'après la jurisprudence, la renonciation abdicative est nulle dans tous les cas, qu'il s'agisse d'une renonciation unilatérale ou d'une renonciation mutuelle, comme l'est une renonciation aux gains de survie consentie lors d'une séparation de fait (1), que la renonciation interviennent entre époux seuls (2) ou dans un acte passé entre les époux et un tiers si elle est faite dans le seul but de permettre au conjoint donateur de disposer des biens donnés et de les transmettre en son nom personnel au tiers (3).

Sans nous arrêter à toutes les décisions rendues en cette matière, retenons seulement, parmi les plus intéressantes, et bien qu'elles soient déjà anciennes, les deux suivantes.

Un arrêt de la Chambre des requêtes du 14 Avril 1856, fut rendu dans une curieuse espèce (4). Deux époux lors d'une séparation amiable, avaient renoncé réciproquement à leurs gains de survie. La Cour prononça la nullité de cette renonciation. Mais les pères des époux avaient passé une convention verbale : ils s'étaient engagés à veiller à ce que l'époux survivant respecte la renonciation aux gains de survie qu'il avait consentie et ne réclame pas ces gains ; et, au cas où leurs efforts n'auraient pas réussi et où l'époux survivant aurait ré-

(1) Civ., 23 janvier 1894, D. 94. 1. 394, — S. 94. 1. 173.

(2) Cass. Req., 22 février 1831, S. 31. 1. 107.

(3) Civ., 11 janvier 1853, D. 53. 1. 17, — S. 53. 1. 65.

(4) Req., 14 avril 1856, D. 56. 1. 243, — S. 57. 1. 49.

clamé ses gains de survie, ils s'étaient engagés en outre, en leur nom personnel, à « relever et garantir les héritiers de l'époux prédécédé des demandes qui seraient ainsi dirigées contre eux ». En fait, la femme survivante réclama son gain de survie. Mais elle se porta en même temps héritière pure et simple de son père. Et le même arrêt de la Chambre des Requêtes qui la déclare recevable à exiger son gain de survie malgré sa renonciation personnelle, la déclare tenue, à titre d'héritière de son père, de l'engagement personnel pris par celui-ci de garantir les héritiers du mari contre le paiement de ce gain de survie.

La seconde décision est un arrêt de la Chambre civile du 11 Janvier 1853 (5). Il s'agit là d'une renonciation intervenue dans un acte passé entre les époux et un tiers, ce tiers étant un enfant commun. Par contrat de mariage, le sieur de Chanaleilles avait donné à sa future épouse, au cas où il naîtrait des enfants de leur mariage, la moitié en usufruit des biens laissés à son décès. Trois enfants naquirent. Lors du mariage du fils aîné, le père lui fit donation en préciput du quart des biens de sa succession, et, par le même acte, Madame de Chanaleilles renonça à la donation qui lui avait été faite dans le contrat de mariage. M. de Chanaleilles père étant mort, sa femme, malgré la renonciation qu'elle avait consentie lors du mariage du fils aîné, se fit porter à l'inventaire comme donataire de la moitié des biens en usufruit, selon les termes du contrat de mariage. Le fils aîné réclama son quart préciputaire. Madame de Chanaleilles soutint que la renonciation consentie par elle était nulle comme constituant une renonciation à une succession future, et comme étant contraire aux conventions matrimoniales.

La Cour de Cassation, se basant sur ce dernier motif, admit les prétentions de Madame de Chanaleilles et déclara la renonciation nulle. Voici les termes mêmes de l'arrêt : « Attendu, dit la Cour, que l'article 1395... interdit aussi bien les changements indirects aux conventions matrimoniales que les changements directs ;

Attendu que la volonté de la loi, lorsqu'elle a garanti la

(5) Civ., 11 janvier 1853, D. 53. 1. 17, — S. 53. 1. 65.

fixité des conventions matrimoniales, a été d'assurer la paix intérieure des familles et leurs droits acquis, en fermant toute espérance et toute attente de modifications postérieures et en ne permettant pas de livrer aux discussions et à l'incertitude des volontés réciproques les conditions solennellement arrêtées sur la foi desquelles le mariage a été contracté ;

Attendu que cette stabilité serait ébranlée s'il était permis au mari d'obtenir de sa femme qu'à l'effet de concourir avec lui aux avantages par lui conférés sur sa succession future aux enfants du ménage, elle renongât, sur la même succession, à une partie des avantages dont l'expectative lui est assurée en vertu d'une donation à elle faite par son mari dans le contrat de mariage ».

Prenons maintenant une décision déclarant valable une renonciation translatrice : un arrêt de la Chambre civile du 1^{er} Juillet 1889 (6). Mieux qu'une définition, toujours difficile, la comparaison des motifs de cet arrêt avec ceux de l'arrêt précédent de la Chambre des requêtes fait ressortir les raisons de la distinction qu'établit la jurisprudence entre les renonciations abdicatives et les renonciations translatrices. Les faits de l'espèce déferée à la Chambre civile en 1889 étaient un peu plus complexes que ceux de l'affaire de Chanaleilles. Il s'agissait, en résumé, d'une donation faite à un enfant commun et qui impliquait de la part des époux un abandon réciproque d'un droit d'usufruit stipulé dans le contrat de mariage. Mais la donation était faite conjointement par les deux époux, en sorte que l'objet de la renonciation passait directement de la main du renonçant dans celle de l'enfant, sans passer par celle de l'autre conjoint, donateur au contrat de mariage.

« Attendu, dit la Cour de Cassation que, quand des époux, dans leur contrat de mariage, ont établi entre eux une société d'acquêts et se sont assuré réciproquement un droit d'usufruit au profit du survivant sur la totalité des biens dépendant de cette société d'acquêts, chacun d'eux peut seulement disposer,

(6) Civ., 1^{er} juillet 1889, D. 90. 1. 123, — S. 91. 1. 101. — Dans le même sens, Req., 16 juillet 1849, D. 49. 1. 304, — S. 1850. 1. 380; — Req., 15 février 1852, D. 52. 1. 294; — Req., 31 juillet 1867, D. 68. 1. 209, — S. 68. 1. 36; — Agen, 12 mai 1848, D. 48. 2. 188, — S. 48. 2. 301.

en faveur d'un tiers ou de l'enfant commun, de l'avantage que lui a fait son conjoint, et concourir à un acte de semblable disposition fait par ce conjoint ; *qu'en effet, il n'y a dans ce cas, de la part de chacun des époux, qu'un acte personnel de libéralité, lequel n'est que l'exercice même du droit d'usufruit qui en est l'objet*, et qu'un pareil acte ne modifie pas les conventions matrimoniales d'où dérive ce droit d'usufruit. »

Ainsi, d'après la jurisprudence, le critérium de la validité de la renonciation à une libéralité entre futurs époux est clair. Si la renonciation est le simple abandon des droits nés de la libéralité, elle est nulle en vertu du principe d'immutabilité. Si elle présente au contraire le caractère d'un acte personnel de disposition de la part du conjoint donataire, elle ne contrevient pas à ce principe car, bien loin de porter atteinte aux stipulations matrimoniales, elle en suppose alors l'exécution (7).

La doctrine est divisée. La majorité des auteurs adopte la distinction faite par la jurisprudence (8). « La distinction entre les renonciations abdicatives et les renonciations translatives, lisons-nous en particulier dans Aubry et Rau (9), est essentielle à maintenir, surtout en ce qui concerne les droits d'usufruit concédés par l'un des conjoints à l'autre. La renonciation translatrice, qui présente tous les caractères d'un acte personnel de disposition ou de libéralité implique l'usage et l'exercice complet, quoique anticipé, du droit qui en est l'objet, elle ne saurait être considérée comme modifiant ou dénaturant la convention d'où dépendait ce droit. Au contraire, la renonciation abdicative, faite dans le seul but de donner à l'autre époux le pouvoir de disposer en toute propriété des biens soumis à l'usufruit, ne modifie pas seulement, mais met à néant la clause du contrat qui avait constitué l'usufruit. »

(7) V. TESTARD, *De l'application de l'immutabilité des conventions matrimoniales aux donations faites par contrat de mariage*, thèse, Rennes, 1920.

(8) LAURENT, XXI, n° 78 et suiv. ; — GUILLOUARD, I, n° 234 et suiv. ; — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, nos 103 et 113 ; — AUBRY et RAU, 4^e éd., t. V, § 503 *bis*, texte et note 24 ; — COLIN et CAPITANT, III, p. 31 ; — JOSSEAND, III, n° 243.

(9) AUBRY et RAU, 4^e éd., t. V, § 503 *bis*, texte et note 24.

Parmi les auteurs modernes, M. Nast (10) et M. Savatier (11) critiquent sévèrement la distinction jurisprudentielle entre renonciations abdicatives et renonciations translatives. Elle est, disent-ils, artificielle et irrationnelle. Pourquoi, notamment, la renonciation faite en faveur d'un enfant commun est-elle nulle dans un cas et valable dans l'autre, quand l'intention des parties est la même dans les deux cas ? D'autre part, les donations directes ou indirectes sont permises entre époux, sous certaines conditions. La renonciation même purement abdicative, soutient dès lors M. Savatier, ne peut-elle pas s'analyser en une donation faite par l'époux donataire à l'époux donateur, et portant sur l'objet même de la libéralité primitive ? Les renonciations abdicatives sont valables comme donations indirectes.

L'immutabilité du régime matrimonial ne supprime pas, poursuivent ces auteurs, le droit des époux de disposer de leurs biens. Pourquoi leur interdire d'en disposer l'un envers l'autre ? Les intérêts protégés par le principe d'immutabilité ne s'opposent pas plus à ce que l'époux gratifié renonce à la libéralité qu'ils ne s'opposent à ce que l'époux gratifié dispose en faveur d'un tiers de ses biens donnés. Si l'on admet cette théorie, la validité des renonciations abdicatives peut bien recevoir des restrictions, mais en vertu de textes autres que l'article 1395, par exemple en vertu des articles 791, 1096 et 1097, si la renonciation intervenue constitue un pacte sur succession future, une donation irrévocable entre époux, ou une donation mutuelle contenue dans un seul acte.

La théorie de MM. Nast et Savatier nous paraît conduire à des conséquences hardies. Si le principe d'immutabilité n'interdit ni les libéralités nouvelles, ni aucune sorte de renonciation aux donations entre futurs époux, quelle est donc la signification de la règle de l'article 1395 en tant qu'elle s'applique aux donations entre futurs époux contenues dans le contrat de mariage ? Et faut-il alors aller jusqu'à dire que l'application du principe d'immutabilité à ces donations est injustifiée ? M.

(10) PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. VIII par M. NAST, n° 57.

(11) SAVATIER, *Portée et valeur du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales*, *Rev. trim.*, 1921, p. 103.

Nast le soutient (12) et Planiol et M. Ripert l'insinuent (13), dans une phrase de leur *Traité élémentaire*, sans donner les raisons de leur opinion autrement que par ces simples mots : « car de telles donations ne sont pas des conventions de mariage » (14). Cette affirmation peut se soutenir, car les donations faites « en faveur » du mariage obéissent à une réglementation spéciale, qui peut être considérée comme se suffisant à elle-même, donc exclusive du principe d'immutabilité. Mais elle est contraire à la jurisprudence, à l'opinion de la très grande majorité de la doctrine, et à la tradition qui joue en notre matière un rôle dont on ne saurait négliger l'importance, et elle ne nous paraît pas devoir triompher.

' Nous ne nous dissimulons pas la difficulté de la question, et nous hésitons à prendre parti. Cependant, l'immutabilité du régime matrimonial et le droit qu'ont les époux de disposer de leurs biens, et en particulier des biens donnés, nous paraissent pouvoir se délimiter par leur co-existence même. Le principe d'immutabilité exige l'intégrale exécution des clauses du contrat de mariage. Le droit de disposition suppose la liberté des époux de transmettre les biens ou les droits mis dans leur patrimoine par cette exécution (15). La distinction classique entre les renonciations abdicatives et les renonciations translatives traduit ces idées d'une façon exacte en pratique. Ce n'est pas, croyons-nous, en établissant cette distinction que la jurisprudence est sujette à critique, mais plutôt dans l'application qu'elle en a faite. En interprétant comme des renonciations abdicatives certaines renonciations, en particulier celles qui sont faites pour permettre de doter un enfant commun, les tribunaux nous semblent avoir attribué au principe d'immutabilité une portée exagérée.

II. — Donations faites par des tiers aux époux

Ainsi que les donations entre futurs époux, les donations faites par des tiers aux époux en vue du mariage peuvent être soit des donations de biens présents, soit des donations de

(12) PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. VIII par M. NAST, n° 57.

(13) PLANIOL et RIPERT, *Tr. élém.*, III, n° 817.

(14) PLANIOL et RIPERT, *Tr. élém.*, III, n° 817.

(15) VIALLETON, n°, S. 1924. 1. 169.

biens à venir, soit des donations cumulatives ; la règle « donner et retenir ne vaut » ne s'applique, on le sait, que hors du mariage.

Le principe d'immutabilité ne s'oppose certainement pas à ce que les libéralités nouvelles, indépendantes des libéralités contemporaines du mariage, soient faites aux époux par les mêmes tiers au cours du mariage. Nous savons aussi que les époux ont le droit, qui se concilie avec le principe d'immutabilité, de disposer de leurs biens en faveur de tiers, par conséquent, en faveur des tiers qui leur ont consenti des libéralités au moment de leur mariage. Ceci ne soulève aucune difficulté si les libéralités nouvelles faites en cours de mariage, soit par des tiers, soit par les époux, sont sans lien avec les libéralités contemporaines du mariage. Mais la question qui se pose est de savoir si les libéralités faites par des tiers et contenues au contrat de mariage — ou plus largement d'après la jurisprudence, les libéralités faites par des tiers « en vue du mariage », peuvent être modifiées — augmentées, anéanties, ou diminuées — au cours du mariage.

La jurisprudence distingue encore ici suivant la nature des modifications, en annule certaines, en valide d'autres.

Les tribunaux décident que les époux ne peuvent faire au cours du mariage avec les tiers donateurs aucune convention qui aurait pour conséquence d'anéantir ou de restreindre la libéralité faite lors du mariage.

Ainsi, il est interdit aux époux de renoncer à la libéralité (16), de renoncer aux intérêts de la dot (17). La clause d'un partage d'ascendant par laquelle un enfant doté consent à transformer une libéralité précipitaire en simple avancement d'hoirie est nulle (18). Sont nulles encore, la concession d'un délai pour le paiement de la dot (19), la main-levée d'une hy-

(16) Cass., 4 décembre 1867. D. 67. 1. 455, — S. 68. 1. 153, n. RODIÈRE ; — Pau, 9 juin 1877, S. 77. 2. 108.

(17) Rennes, 1^{er} mars 1849. D. 49. 2. 238, — S. 49. 2. 602 ; — Rouen, 22 juillet 1863. S. 64. 2. 108.

(18) Cass. Civ., 28 mars 1866. D. 66. 1. 396, — S. 66. 1. 217 ; — Cass. Civ., 26 mars 1867. S. 67. 1. 215.

(19) Cass. Civ., 4 décembre 1867. D. 67. 1. 455, — S. 68. 1. 153, n. RODIÈRE ; — Limoges, 6 juillet 1901. D. 1903. 2. 261.

pothèque garantissant le paiement de la dot (20), la convention frappant d'une charge nouvelle une libéralité faite en vue du mariage (21), même la simple modification de l'estimation d'un objet remis pour acquitter une partie de la dot (22). Pour ne retenir qu'une seule décision, la dernière en date, la Chambre civile de la Cour de Cassation, par un arrêt du 2 Janvier 1924 (23), a prononcé la nullité de la main-levée d'une hypothèque constituée en sureté de la dot en se basant sur les motifs suivants. « Attendu que, d'après le pourvoi, l'article 1395 serait inapplicable au cas de main-levée d'une inscription hypothécaire, cette mesure laissant subsister la créance, et par conséquent ne modifiant pas les conventions matrimoniales ; mais attendu que l'article 1395 ne fait aucune distinction entre l'obligation principale contractée par le constituant et les garanties arrêtées par les parties pour en assurer l'exécution ; que le caractère unilatéral de la main-levée ne fait pas davantage obstacle à l'application de cet article »... Est-il besoin de foire remarquer l'importance d'une telle décision pour la pratique notariale ? La Cour de Cassation a en effet déclaré responsable de la nullité de la main-levée le notaire qui avait reçu l'acte : « un notaire ne pouvant être considéré comme un simple scribe, il est de son devoir, dit l'arrêt, de guider le client et de ne pas le laisser accomplir un acte nul ». La Cour a même déclaré responsable aussi le conservateur qui avait procédé à la radiation, « la responsabilité du conservateur étant engagée pour avoir radié une inscription sur le vu d'un acte nul portant en lui-même l'indication de sa nullité ».

Si elle annule les modifications qui diminuent les avantages faits à l'époux bénéficiaire de la constitution de dot, la jurisprudence considère au contraire que celles qui ont pour but

(20) Versailles, 19 mars 1913, G. P. 1913. 2. 180. D. 1914. 2. 13, n° LALOU ; — Cass. Civ., 2 janvier 1924. D. 1924. 1. 14, — S. 1924. 1. 169, n. VIALLETON ; — GAUDEMET, *Rev. trim.*, 1924, p. 340 ; — CONTRA, Grenoble, 4 juin 1913, G. P. 1913. 2. 19.

(21) Limoges, 13 juillet 1878. D. 79. 2. 181, — S. 78. 2. 269 ; — Cass. Req., 13 juin 1887. D. 87. 1. 449, — S. 90. 1. 291.

(22) Bastia, 16 janvier 1856, D. 56. 2. 58, — S. 56. 2. 81.

(23) Cass. Civ., 2 janvier 1924. D. 1924. 1. 14, — S. 1924. 1. 169, n. VIALLETON.

d'améliorer la situation de cet époux sont valables. Ainsi, les tribunaux valident le paiement anticipé de la dot (24), la constitution d'une nouvelle sûreté en garantie du paiement de la dot (25), la stipulation d'intérêts (26), la renonciation du tiers donateur à un droit de retour conventionnel (27).

La Cour de Cassation, par un arrêt du 30 Novembre 1937 (28), a décidé que l'auteur d'une libéralité faite par contrat de mariage pouvait, au cours du mariage et sans contrevenir à l'article 1395, affecter hypothécairement certains immeubles à la garantie du paiement de la somme promise.

« Attendu, dit l'arrêt, que, *loin d'anéantir ou de réduire les droits éventuels* que la dame R. tenait de la disposition première du pacte matrimonial, l'acte du 6 octobre 1913 *améliorait la situation de la donataire...*, que ledit acte, ajoutant ainsi à l'objet de la disposition du contrat de mariage, échappait, *par là même*, à la nullité de l'article 1395, que l'arrêt attaqué a appliqué faussement... »

La majorité des auteurs mentionnent cette distinction jurisprudentielle entre les hypothèses où la modification apportée à la libéralité au cours du mariage est favorable à l'époux donataire, et celles où elle lui est défavorable, en paraissant l'approuver (29). Mais cette distinction est vivement contestée —

(24) Req., 22 août 1865, D. 67. 1. 181, — S. 66. 1. 437; — Cass. Civ., 28 janvier 1879, D. 79. 1. 83.

(25) Bordeaux, 29 mars 1851, D. 52. 2. 11; — Req., 22 août 1882, D. 83. 1. 296; — Cass. Civ., 30 novembre 1937, D. H. 1938. 19.

(26) Bordeaux, 29 mars 1851, D. 52. 2. 11.

(27) Rouen, 4 avril 1928, D. 1929. 2. 59: « Attendu que l'article 1395 qui a été introduit par le législateur dans l'intérêt des époux et dans l'intérêt des tiers, a cet intérêt comme mesure et comme limite, et que, s'il s'oppose à toute convention qui impliquerait l'abandon total ou partiel des libéralités faites aux époux par un tiers dans le contrat de mariage, il ne saurait faire obstacle à ce que ces libéralités reçoivent, pendant le mariage, une plus grande extension... »

(28) Civ., 30 novembre 1937, D. H. 1938. 19; G. P. *journal quot.* 30 et 31 janvier 1938.

(29) LAURENT, XXI, n° 78; — GUILLOUARD, I, n° 234 et suiv.; — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n°s 103 et 113; — AUBRY et RAU, 4^e éd., t. V, § 503 bis; — COLIN et CAPITANT, III, p. 32; — JOSSEMAN, III, n° 442.

et à juste titre, croyons-nous — par Planiol et M. Ripert (30), par M. Nast (31), et par M. Savatier (32).

La jurisprudence ne dit pas, et l'on ne voit pas, pourquoi le principe d'immutabilité s'applique dans un cas, et non dans l'autre ; il y a dans les deux cas modification à la donation faite en vue du mariage. C'est donner à l'article 1395 une interprétation bien arbitraire que d'y trouver la base d'une distinction entre les actes avantageux pour les époux, prétendus valables, et les actes défavorables, prétendus nuls. D'autre part, comment admettre que les époux aient le droit de disposer de l'objet de la libéralité de n'importe quelle manière (le régime dotal excepté) et envers n'importe qui, sauf justement envers les tiers constituants de la dot ? « Si dans une intention libérale et dans une donation valable en la forme, fût-elle une remise de dette, demande M. Savatier (33), les époux — ou celui des époux qui a la libre disposition des biens donnés en dot — retransmettent une valeur au constituant de cette dot, pourquoi cette donation ne serait-elle pas tout aussi valable que faite à une autre personne ? » On prétend que l'article 1395 s'y oppose, mais, s'il faut le répéter une nouvelle fois, l'immutabilité des conventions matrimoniales ne retire pas aux époux le droit de disposer de leurs biens. L'intérêt des tiers n'est pas en cause, car il leur importe peu que les époux usent de leur droit de disposition en faveur d'un étranger ou en faveur de l'auteur de la libéralité faite au moment du mariage. Et il nous paraît moins dangereux pour l'avenir de la famille — et donc plus conforme aux raisons d'être profondes du principe d'immutabilité — de permettre aux époux de se montrer libéraux envers un constituant de dot, dont ils sont souvent les héritiers présomptifs, que de leur permettre de se montrer libéraux envers des étrangers.

M. Savatier (34) suggère, quant aux modifications apportées

(30) PLANIOL et RIPERT, *Tr. élém.*, III, n° 817.

(31) PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. VIII par M. NAST, n° 58 ; — NAST, *Rev. crit.*, 1925, p. 254.

(32) SAVATIER, *Portée et valeur du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales*, *Rev. trim.*, 1921, p. 114.

(33) SAVATIER, *article précité*, p. 114.

(34) SAVATIER, *Portée et valeur du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales*, 1921, p. 114.

aux libéralités faites par des tiers lors du mariage, une distinction autre que celle de la jurisprudence et que nous croyons plus fondée. D'ailleurs, un examen plus attentif des arrêts permet de se rendre compte que sans y être exprimée, elle inspire dans une certaine mesure plusieurs décisions.

Il y a des cas, écrit M. Savatier, où la modification apportée au cours du mariage à la donation contenue au contrat n'est que l'exécution d'une contre-lettre accompagnant le contrat officiel (35) ; dans les autres cas, elle constitue un simple acte de disposition (36). Si l'on démontre la volonté des époux et du constituant de la dot d'exécuter une contre-lettre, l'acte passé au cours du mariage et modifiant sur les bases de cette contre-lettre le contrat officiel est nul. Il ne pourrait être validé que comme novation d'une obligation naturelle. Mais on est en droit de se demander s'il y a même obligation naturelle : chacun des époux a-t-il le devoir de tenir les engagements qu'il a pris par contre-lettre envers le constituant alors que ces engagements sont contraires à ceux qu'il a pris envers l'ensemble de la famille par contrat de mariage ? A supposer qu'il y ait obligation naturelle, le principe d'immutabilité intervient pour s'opposer à son exécution ; il est interdit, en raison des articles 1394 et 1395, de substituer au contrat de mariage authentique une autre convention occulte. Si donc l'intention des parties d'opérer une telle substitution est démontrée, l'acte passé au cours du mariage et modifiant la libéralité contemporaine du mariage est nul en vertu du principe d'immutabilité.

Mais, dans les autres cas, ce principe, pour les raisons que nous avons dites, ne nous semble pas s'opposer à ce que les époux disposent, même à titre gratuit, des biens ou des droits objets de la libéralité en faveur des auteurs de cette libéralité (37).

En entravant, suivant une distinction illogique, le jeu des contrats passés par les époux avec les constituants de la dot,

(35) V. en particulier Req., 23 juin 1887, D. 87. 1. 449, — S. 90. 1. 291.

(36) Cass. Civ., 4 décembre 1867, D. 67. 1. 455, — S. 68. 1. 153, n. RODIÈRE.

(37) EN ce sens, PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. VIII par M. NAST, n° 58 ; — NAST, *Rev. critique*, 1925, p. 254.

nous pensons que la jurisprudence a fait du principe d'immu-
tabilité une application erronée, et fourni par là même aux
adversaires de ce principe un argument pour réclamer sa sup-
pression.

§ 4. — SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX

Les époux peuvent avoir intérêt à former, soit entre eux
seuls, soit avec des tiers, une société au cours du mariage. S'il
s'agit d'époux séparés de biens, cet intérêt est évident ; la so-
ciété créerait entre eux une communauté d'intérêts que le ré-
gime adopté a écartée, ou qui s'est trouvée dissoute par la
séparation judiciaire, et elle renforcerait le crédit du ménage
auprès des tiers en procurant à ceux-ci la garantie solidaire
des patrimoines des deux époux. Ces avantages se retrouvent,
dans une mesure un peu variable, sous les autres régimes n'im-
plicant pas l'existence d'une masse commune de biens : sous
le régime dotal, en ce qui concerne les biens paraphernaux,
voire les biens dotaux si le contrat de mariage n'a greffé sur
eux aucune société d'acquêts, et sous le régime sans commu-
nauté. La constitution d'une société présenterait même un in-
térêt pour des époux communs en biens ; les règles d'admi-
nistration et de partage de la société diffèrent de celles de la
communauté, et le caractère solidaire des obligations prises
par les époux associés serait de nature à accroître le crédit du
ménage.

Mais une jurisprudence très ferme annule les sociétés entre
époux (1). L'examen détaillé de cette jurisprudence nous éloi-

(1) Cass. Crim., 9 août 1851, D. 52. 1. 160, — S. 52. 1. 281; — Req.,
7 février 1860, D. 60. 1. 115, — S. 60. 1. 414; — Req., 6 février 1888, D. 88.
1. 401, — S. 90. 1. 49, n. LABBÉ; — Civ., 7 mars 1888, D. 88. 1. 349, —
S. 88. 1. 305; — Req., 8 décembre 1891, D. 92. 1. 117, — S. 92. 1. 293; —
Req., 27 juin 1893, D. 93. 1. 488, — S. 94. 1. 25; — Civ., 5 mai 1902, D.
1903. 1. 207, — S. 1905. 1. 41, n. HÉMARD; — Req., 11 avril 1906, D. 1908.
1. 284; — Req., 19 mai 1908, D. 1908. 1. 359, — S. 1911. 1. 508; — Civ.,
23 janvier 1912, D. 1912. 1. 481, n. BOUVIER-BANGILLON; — S. 1912. 1. 148;
— Civ., 3 juillet 1917, D. 1917. 1. 127, — S. 1921. 1. 201, n. NAQUET; —
Req., 1^{er} février 1926, D. H. 1926. 114; — Req., 15 février 1937, D. H. 1937.
179.

CONTRA, Amiens, 3 avril 1851, D. 51. 2. 221, — S. 91. 2. 312; — Trib.
civ. de Lyon, 31 juillet 1867, D. 67. 2. 87; — Montpellier, 3 juillet 1880,
S. 82. 1. 352 (en note).

gnerait de l'objet de notre étude. Nous nous bornerons à discuter le principe de la nullité des sociétés entre époux en tant qu'on la fonde sur l'article 1395, et à rechercher — brièvement — les limites et les conséquences de la solution jurisprudentielle.

I. — La nullité des sociétés entre époux et le principe d'immutabilité

La jurisprudence base la nullité des sociétés entre époux sur trois arguments auxquels elle attache d'ailleurs une importance inégale : l'atteinte que portent ces sociétés à la puissance maritale, l'immutabilité du régime matrimonial, l'atteinte indirecte à la révocabilité des donations entre époux. Ce dernier argument est rarement invoqué. Les arrêts s'appuient surtout sur l'idée que la puissance maritale exclut l'égalité de droits qui doit exister entre associés. La puissance maritale est théoriquement supprimée par la loi du 18 février 1938, mais le mari, demeuré « chef de la famille », conserve les pouvoirs qu'il tient des divers régimes matrimoniaux. Quelle sera, sur la jurisprudence relative aux sociétés entre époux, la répercussion de cette réforme ? Nous n'avons pas à le prévoir ici. L'immutabilité du régime matrimonial paraît au second plan à côté de cet argument jusqu'ici capital. Ainsi la jurisprudence annule des sociétés entre époux dans certains cas où l'immutabilité est hors de cause ; par exemple, elle annule des sociétés constituées entre époux par contrat de mariage (2) ou par acte séparé avant le mariage, mais en vue du mariage (3), et elle décide que le mariage de deux associés entraîne dissolution de la société antérieurement constituée entre eux (4). La suppression du principe d'immutabilité ne suffirait donc pas à valider devant les tribunaux les sociétés entre époux, mais, puisqu'on invoque ce principe en faveur de leur nullité, il faut savoir si l'argument est justifié.

(2) Civ., 5 mai 1902, D. 1903. 1. 207, — S. 1905. 1. 41, n. HÉMAR.

(3) Paris, 9 mars 1859, S. 59. 2. 502 ; — Nîmes, 18 décembre 1886, S. 87. 1. 384 (en note), — D. 92. 1. 117 (en note).

(4) Nîmes, 18 décembre 1886, précité ; — Dijon, 27 juillet 1870, S. 71. 2. 268 ; — Paris, 25 mai 1919, S. 1918-19. 2. 104 ; *Journ. soc.*, 1920. 41, n. BOSVIEUX.

Constituer au cours du mariage une société entre époux, grouper en vue d'une exploitation commune les biens des époux que le régime matrimonial disjoint, rendre la femme responsable sur ses biens propres des dettes contractées par le mari gérant de la société alors que le régime tend à l'affranchir de toute responsabilité de ce genre, c'est, aux termes des arrêts, permettre que le patrimoine social soit géré suivant des règles autres que celles du régime matrimonial, dénaturer ce régime, en déformer le caractère spécifique, lui imprimer une économie différente, bref « modifier les rapports d'intérêt existant entre les époux, contrairement à la règle d'immutabilité des conventions matrimoniales » (5).

La majorité de la doctrine (6), résolument favorable à la validité des sociétés entre époux, soutient, à l'encontre de cette jurisprudence, que la constitution d'une société entre époux n'est pas incompatible avec le principe de l'immutabilité du régime matrimonial.

L'affirmation que toute société entre époux porte une atteinte plus ou moins grave au principe intangible de l'immutabilité du régime matrimonial repose sur une confusion, disent nombre d'auteurs. Si le principe d'immutabilité devait avoir pour résultat de mettre obstacle à toute mutation de propriété d'un époux à l'autre, il eût fallu interdire tous les contrats entre époux. Or, le législateur les permet en prin-

(5) Civ., 7 mars 1888, D. 88. 1. 349, — S. 88. 1. 305.

(6) LAURENT, t. XXVI, n° 40; — HUC, IX, n° 39; — BEUDANT, *L'état et la capacité des personnes*, par BEUDANT, LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et BRETON, t. II, n° 664; — COLIN et CAPITANT, III, p. 32; — PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. XI, *Des contrats civils*, par ROUAST, SAVATIER et LÉPARGNEUR, n° 1003; — LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD, II, n°s 78 et 326; — THALLER et PERCEROU, 8^e éd., t. I, n° 346 et suiv.; — THALLER et PIC, n° 409; — HÉMARD, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, 2^e éd., n° 289 et suiv.; — PLANIOL, *Rev. crit.*, 1888, p. 375; — LABBÉ, n., S. 90. 1. 49; — HÉMARD, n., S. 1905. 1. 41; — NAQUET, n., S. 1921. 1. 201; — PIC, *Rev. trim.*, 1907, p. 489 et suiv.; — MOLIÉRAC, *Etude sur les sociétés entre époux*, thèse Bordeaux, 1917; — COTTET, *De la nullité des sociétés entre époux*, thèse Lyon, 1920; — FOIRET, *Des sociétés entre époux*, *Journ. res notaires*, 1927, p. 233 et suiv.; *Contra*, TROPLONG, *Du contrat de mariage*, I, n° 210; — GUILLOUARD, I, p. 208; — AUBRY et RAU, t. VI, § 377, n. 1 *ter*; — BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *De la société, du prêt et du dépôt*, 3^e éd., n° 52; — HOUPIN et BOSVIEUX, I, n° 70; — BOUVIER-BANGILLON, n., D. 1912. 1. 481; — WAHL, n., S. 1916. 1. 81.

cipe (7), ce qui prouve bien qu'il n'a pas du principe d'immu-
tabilité une conception aussi absolue, aussi « tyrannique » (8)
que celle de la jurisprudence. Il n'y a aucune bonne raison de
traiter la société plus sévèrement que les autres contrats, la
donation ou le mandat par exemple. Sans doute, la vente entre
époux est interdite, mais en vertu d'une disposition législative
spéciale, dont le caractère exceptionnel s'oppose à ce qu'elle
soit étendue en dehors du cas qu'elle vise expressément. D'ail-
leurs, il n'y a pas à déduire de l'article 1595 qui édicte la nul-
lité de la vente entre époux un argument d'analogie à l'appui
de la nullité des sociétés entre époux, car la société est une
convention beaucoup plus souple que la vente, et se prête
à toutes les combinaisons susceptibles d'assurer le respect de
l'économie générale du régime matrimonial adopté. Les socié-
tés entre époux ne sont donc pas, comme telles, incompatibles
avec le principe d'immutabilité. Leur nullité ne devrait être
prononcée de ce chef que lorsqu'il est établi *en fait* que les
conjointes ont cherché à éluder, au moyen de la constitution
de société, la prohibition édictée par l'article 1395.

Au surplus, ajoutent certains auteurs (9), la jurisprudence
n'a pas tenu compte de la personnalité civile de la société ;
elle a uniquement analysé la constitution de société comme
un contrat entre les deux époux rendant indivis les biens qui
devraient être séparés, alors qu'en réalité une tierce personne
s'y trouve mêlée qui devient propriétaire de ces biens. Les
biens mis en société ne font plus partie du patrimoine des
époux. Si chacun des époux constituait une société avec un
tiers — ce qui est permis, — les biens qu'il apporterait en
société échapperaient au contrat de mariage ; il en est de
même au cas où les deux époux s'associent ensemble. Ce sont
seulement les biens provenant du partage de bénéfices, tant
que dure la société, ou du partage de l'actif social, à sa disso-
lution, qui sont soumis obligatoirement, en vertu du principe
d'immutabilité, aux règles du pacte matrimonial.

(7) Art. 1123, 1539, 1577, 1431.

(8) PIC, *Rev. trim. de droit civil*, 1907, p. 491.

(9) PLANIOL, *Rev. crit.*, 1888, p. 375. — L. MAZEAUD, *De la liquidation des sociétés entre époux*, *Rev. crit.*, 1928, p. 294 et 295.

On se laisse convaincre sans peine par l'argumentation de la doctrine ; l'application du principe d'immutabilité aux sociétés entre époux est, croyons-nous, l'une des plus graves erreurs commises quant à ce principe par la jurisprudence.

Quant aux autres arguments sur lesquels elle base la nullité des sociétés entre époux, ils ne paraissent pas plus irréfutables que celui-ci. Mais la jurisprudence est si solidement établie en cette matière que ses solutions ont acquis la valeur d'une règle de droit coutumier. Il était vain jusqu'ici d'espérer un revirement, qui semblait ne pouvoir se produire que par la voie législative (10). La loi du 18 février 1938 va-t-elle imprimer en cette matière une nouvelle orientation à la jurisprudence en ruinant le fondement principal de la nullité des sociétés entre époux, la puissance maritale ?

II. — **Limites et conséquences de la nullité jurisprudentielle des sociétés entre époux**

La jurisprudence annule les sociétés entre époux. Il n'est pas sans intérêt de rechercher, au moins brièvement pour ne pas trop nous écarter de notre sujet, les limites et les conséquences d'une telle solution.

1° *Les Limites.*

La jurisprudence annule sans distinction et quel que soit le régime matrimonial des conjoints toutes les sociétés entre époux ; les sociétés civiles et les sociétés commerciales, celles qui sont constituées entre les époux seuls (11), celles qui sont constituées entre les époux et des tiers (12), celles qui sont constituées par contrat de mariage (13), les associations en participation (14) ; elle décide que le mariage entraîne dissolution d'une société antérieurement constituée. La même formule de principe se retrouve dans presque tous les arrêts : « Toute société entre époux... même séparés de biens », ou

(10) Société d'Etudes législatives (rapport DOLBEAU, projet de loi et discussion), *Bull.*, 1930, p. 179 et 187, — 1931, p. 220 et 242.

(11) Cass. Civ., 7 mars 1888, D. 88. 1. 401, — S. 90. 1. 49, n. LABBÉ.

(12) Req., 15 février 1937, D. H. 1937. 179.

(13) Civ., 5 mai 1902, D. 1903. 1. 207, — S. 1905. 1. 41, n. HÉMARD.

(14) Cass., 27 juin 1893, D. 93. 1. 488, — S. 94. 1. 25 ; — Req., 1^{er} février 1926, D. H. 1926. 114.

« soit entre époux seuls, soit entre les époux et un tiers, confère à chacun de ses membres une égalité de droits incompatible avec l'exercice de la puissance maritale, et modifie les rapports d'intérêts existant entre eux, contrairement au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ».

Les tribunaux limitent cependant par quelques atténuations pratiques le champ d'application de la nullité des sociétés entre époux. Quand les circonstances s'y prêtent, ils reconnaissent à l'acte argué de nullité à titre de société entre époux un autre caractère et y découvrent un mandat, par exemple, ou un louage de services avec participation aux bénéfices (15). Dans le cas où la société est formée par deux époux communs en biens et d'autres associés, ils admettent que la femme n'a pas participé à l'acte à titre d'associée, mais que l'associé véritable est, soit la communauté représentée par les deux conjoints, soit le mari seul apporteur des biens communs, la femme étant réputée alors n'être intervenue à l'acte que pour soustraire les tiers à l'effet de son hypothèque légale.

Selon la majorité de la doctrine, la nullité jurisprudentielle des sociétés entre époux n'empêche pas les conjoints d'être tous deux actionnaires d'une même société par actions (16) ; selon certains, elle ne les empêche même pas d'être tous deux commanditaires dans la même société en commandite simple. A l'exception de M. Lépargneur (17), les auteurs admettaient aussi que la nullité des sociétés entre époux n'atteignait pas les sociétés à responsabilité limitée constituées entre les époux seuls ou entre eux et des tiers (18). Aucune décision judiciaire n'était venue confirmer cette opinion doctrinale.

(15) PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. XI par ROUAST, SAVATIER et LÉPARGNEUR, n° 1003 ; — Paris, 4 juin 1885, D. 88. 1. 401 (en note) ; — Amiens, 8 juillet 1889. *Journ. soc.*, 1900, p. 212 ; — Trib. Seine, 6 mars 1891, *Journ. soc.*, 1894, p. 87 ; — Cass. Civ., 24 février 1926, S. 1927. 1. 101.

(16) LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD, II, n° 78 ; — HOUPIIN et BOSVIEUX, I, n° 70.

(17) LÉPARGNEUR, *Journ. des sociétés*, 1925, p. 274, n° 9 *in fine*. — Dans le même sens, HÉMARD, p. 392, n. 1.

(18) LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD, II, n° 78 b ; — HOUPIIN et BOSVIEUX, I, n° 70, II, n° 1493 ; — PIC et BARATIN, *Des sociétés à responsabilité limitée*, 2^e éd., n° 135 ; — Jean COPPER-ROYER, *La société à responsabilité limitée en droit français*, p. 30 ; — DOLBEAU, *Rapp.*, *Bull. soc. ét. lég.*, 1930, p. 180 ; — AUGER, *Les époux dans la société à responsabilité limitée*, *Rec. jur. Soc.*, 1926. 144.

Mais un arrêt récent de la Chambre des Requêtes du 15 février 1937 (19), vient de prononcer la nullité d'une société à responsabilité limitée constituée entre des époux et un tiers.

On pourrait être tenté de restreindre la portée de cet arrêt en raison des circonstances de fait : le mari avait fait un apport en nature et il est vraisemblable qu'il était gérant ; il y avait donc atteinte à la puissance maritale, la femme ayant, comme associée, un droit de contrôle sur la gérance. Mais l'arrêt reproduit la formule générale classique : « Toute société entre époux, soit entre époux seuls, soit entre époux et un tiers, confère à chacun de ses membres une égalité de droits incompatible avec l'exercice de la puissance maritale et modifie les rapports d'intérêts existant entre eux, contrairement au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. » Donc, toute société à responsabilité limitée dans laquelle des époux figurent comme associés est nulle, selon la jurisprudence, à moins, peut-être, qu'on ne puisse invoquer l'expédient dont les tribunaux se contentent parfois pour les sociétés par intérêts, en soutenant que la femme n'intervient que comme commune en biens.

Cette décision de la Chambre des Requêtes engage-t-elle l'avenir à l'égard de la commandite simple et des sociétés par actions ? (20). Pour nous en tenir à l'objet de notre étude, ce que la jurisprudence considère comme l'altération des conventions matrimoniales — en particulier le risque couru par la fortune de la femme — nous paraît être semblable, que les époux soient commanditaires dans une commandite simple ou membres non gérants d'une société à responsabilité limitée.

Il nous semble donc prudent de ne pas répartir actuellement de parts de commandite entre mari et femme dans la même société. Quant aux sociétés par actions, on peut espérer qu'elles restent ouvertes à deux conjoints simples actionnaires. Dans les sociétés de ce genre, en effet, la notion de placement l'emporte très nettement sur la notion de groupement d'associés, l'achat d'un titre négociable présente des caractères très différents de l'entrée dans une société de personnes, et surtout le

(19) Req., 15 février 1937, D. H. 1937. 179.

(20) LAGARDE, *Rev. trim.*, 1937, p. 343.

rôle actif de l'actionnaire est bien plus limité que celui de l'associé dans une société de personnes.

2° Les conséquences.

La nullité des sociétés entre époux, étant fondée, d'après la jurisprudence, sur des motifs d'ordre public, devrait être une nullité absolue. Les tribunaux décident, en effet, qu'elle peut être invoquée par tout intéressé (21), en tout état de cause, sauf pour la première fois en Cassation (22), et qu'elle n'est couverte ni par prescription, ni par confirmation (23).

Mais cette société, nulle de nullité absolue, ne devrait produire aucun effet. Or, les arrêts apportent à cette dernière conséquence normale des nullités d'ordre public de sérieuses atténuations qui s'expliquent par la réaction des nécessités pratiques contre la rigueur des principes. « La nullité n'empêche pas », décident les tribunaux, « que la société ait produit des rapports de fait *analogues* aux rapports de droit qu'aurait produits une société régulière. » (24). La société a valablement fonctionné, le passé reste acquis, la nullité n'atteint que l'avenir.

Quant aux règles de liquidation de cette société de fait, la jurisprudence distingue, pour les déterminer, la liquidation entre les parties de la liquidation à l'égard des tiers.

En ce qui concerne la liquidation entre les parties, les tribunaux, pendant longtemps, ne se sont pas accordés sur son mode ; suivant les uns, le règlement devait s'effectuer comme celui d'une communauté de fait, d'une simple indivision, c'est-à-dire en équité après la reprise des apports, ainsi que s'opère la liquidation des sociétés illicites (25) ; suivant les autres, la liquidation devait s'effectuer d'après le pacte social, ainsi que

(21) Paris, 24 mars 1870, D. 72. 2. 430 ; — Cass. Req., 6 février 1888, D. 88. 1. 401, — S. 90. 1. 49 ; — Cass. Civ., 23 janvier 1912, D. 1912. 1. 481.

(22) Cass. Civ., 5 mai 1902, S. 1905. 1. 41, n. HÉMARD.

(23) Nancy, 9 février 1901, D. 1902. 2. 140.

(24) Cass. Req., 6 février 1888, D. 88. 1. 401, — S. 90. 1. 49, n. LABBÉ ; — V. NAQUET, n., S. 1921. 1. 201 ; — HÉMARD, *op. cit.*, p. 123 et 124.

(25) Cass. Req., 8 décembre 1891, D. 92. 1. 117 ; — Cass. Civ., 5 mai 1902, D. 1903. 1. 207, — S. 1905. 1. 41, n. HÉMARD ; — Cass. Req., 11 avril 1906, D. 1908. 1. 284.

celles des sociétés nulles pour vices de constitution (26). A l'heure actuelle, la jurisprudence semble avoir adopté un moyen terme qui, tenant le milieu entre ces deux systèmes, paraît illogique (27). Le pacte social doit, entre les associés, produire tous ses effets : la liquidation se fera donc suivant ce pacte. Cependant, les biens apportés à la société, qui devraient, si l'on admet la validité du pacte social entre les parties, être soumis à la liquidation en tant qu'éléments de l'actif social, ne tombent pas dans le patrimoine social et restent la propriété des associés. Liquidation suivant le pacte social, mais après reprise des apports, cette formule, par ses deux termes contradictoires, traduit l'inexactitude du système de la jurisprudence.

En ce qui concerne les règles de liquidation à l'égard des tiers, la jurisprudence décide que les créanciers de la société nulle entre époux ne peuvent prétendre à un droit de préférence sur les biens sociaux à l'encontre des créanciers personnels des associés et ne peuvent donc faire valoir leurs créances qu'à titre de créanciers personnels des associés. Ce système a pour conséquence logique, mais choquante, de placer la femme — créancière hypothécaire bien qu'elle soit associée — dans une situation très favorable vis-à-vis des créanciers de la société entre époux.

Toute cette jurisprudence relative aux effets de la nullité des sociétés entre époux est sujette à critique. Les tribunaux posent en principe la nature illicite des sociétés entre époux, et, parce qu'ils ne peuvent s'empêcher de leur reconnaître néanmoins un but licite, ils restreignent les effets de la nullité absolue au point de la transformer en nullité relative. Leurs solutions, si elles manquent de logique, sont toutefois conformes à la réalité des faits. En pratique, l'admission de la société de fait dans le sens que nous avons indiqué, conduit à ce résultat que, la nullité n'empêchant pas la société d'avoir existé dans le passé, personne n'a intérêt à demander la nullité tant que les affaires de la société sont prospères, en sorte que

(26) Cass. Civ., 23 janvier 1912, D. 1912. 1. 481, n. BOUVIER-BANGILLON.

(27) Cass. Civ., 3 juillet 1917, D. 1917. 1. 127, — S. 1921. 1. 201, n. NAQUET; *Jour. soc.*, 1920, 24, n. DECUGIS.

le succès justifie presque le contrat (28). Il n'en reste pas moins cet inconvénient grave que les sociétés entre époux sont à la merci de tout intéressé, ce qui, en rendant incertain le lendemain, entrave le développement des affaires sociales (29).

(28) HÉMARD, n., S. 1905. 1. 41.

(29) MAZEAUD, *De la liquidation des sociétés entre époux*, *Rev. crit.*, 1928, p. 294 et suiv.

SECTION II

Actes compatibles avec le principe d'immuabilité

Le principe de l'immuabilité du régime matrimonial, en interdisant aux époux de modifier directement ou indirectement le régime adopté, restreint évidemment leur liberté d'action, mais ne paralyse pas, quoi qu'on en ait dit, leur vie juridique. Ici encore, il est impossible de dresser une liste complète des actes que les conjoints demeurent libres d'accomplir; il faut se limiter à des exemples.

L'article 1395 laisse surtout aux conjoints la faculté de faire entre eux tous les contrats que la loi — ou la jurisprudence — ne leur interdisent pas, et cette latitude présente un intérêt particulier en ce qui concerne le mandat et la donation entre époux.

La jurisprudence, pour favoriser les constitutions de rentes viagères et les stipulations d'assurances sur la vie, a apporté au principe que les époux ne peuvent se constituer des propres avec les effets de communauté une exception que la loi du 13 juillet 1930 a confirmée.

Sous certaines réserves faites par la jurisprudence et que nous connaissons, les époux sont libres de passer des conventions avec les constituants de la dot, et notamment de modifier le mode de paiement de la dot.

Enfin, le principe d'immuabilité ne s'oppose, ni à la validité des conventions simplement interprétatives du contrat de mariage, ni à la preuve d'une fraude, d'un dol ou d'une simulation entachant ce contrat.

§ 1. — MANDATS ET DONATIONS ENTRE ÉPOUX

Les époux peuvent en principe faire entre eux tous les contrats qui ne leur sont pas défendus par la loi (vente, art. 1595)

ou que la jurisprudence ne déclare pas nuls (sociétés entre époux). Abandonnant, on le sait, la prohibition des contrats entre époux de notre ancien droit, le Code civil est revenu sur ce point à la règle romaine et la capacité des époux de contracter ensemble n'est restreinte que par l'inaliénabilité dotale.

Deux contrats entre époux : le mandat et la donation, présentent pour nous un intérêt particulier. Les conventions matrimoniales règlent essentiellement, avons-nous dit, l'attribution et l'administration des biens du ménage. Or, les mandats entre époux permettent aux conjoints de modifier les règles d'administration de leurs biens, les donations leur permettent de modifier l'attribution de leurs biens. En combinant ces deux contrats, il est donc possible d'assouplir la rigueur du principe de l'immutabilité du régime matrimonial. Mais — et ceci est d'une importance capitale — le mandat et la donation entre époux sont des contrats révocables par essence. Dès lors, s'il est inexact de dire que les conventions matrimoniales sont entre époux d'une rigidité absolue, il ne faut pas oublier que le mandat et la donation ne peuvent leur apporter que des modifications révocables.

Nous verrons en outre que, ni par l'un, ni par l'autre de ces contrats, on ne peut priver les créanciers du ménage des droits résultant pour eux du statut matrimonial primitif.

1. — Mandats entre époux

Les époux sont libres, au cours du mariage, de se donner mandat d'administrer et même d'aliéner les biens communs ou leurs biens personnels. Certains textes du Code prévoient expressément ces mandats : les articles 1420, 1539, 1577, 1578, 1579, 1580.

Le plus souvent, en fait, c'est la femme séparée de biens ou dotale, qui charge le mari de l'administration de ses biens personnels ou paraphernaux (art. 1577) ou qui, surtout, lui en abandonne tacitement la gestion (art. 1578).

Mais il arrive fréquemment aussi — et la dernière guerre a révélé l'utilité de ces procurations — que le mari donne mandat à la femme de gérer les biens qu'il a pouvoir d'admi-

nistrer : bien dotaux (1), propres de la femme (2), biens communs. On sait, au surplus, que le mandat domestique « tacite et nécessaire » de la femme est interprété largement par la jurisprudence (3), d'après laquelle il subsiste même en cas de séparation de fait (4).

Rien ne montre mieux à quel point les époux peuvent modifier, quant à l'administration de leurs biens, leur régime matrimonial, que les conventions pécuniaires faites à l'occasion de séparations amiables.

Nous avons vu que parfois, lors d'une séparation conventionnelle, les époux prennent, d'accord, des mesures d'ordre pécuniaire destinées à aménager leur nouvelle existence ; les mandats sont un exemple de ces conventions.

Certaines décisions déclarent ces mandats nuls, comme procédant d'une convention elle-même radicalement nulle (5). Mais, en général, la jurisprudence les reconnaît valables. Ainsi, la Cour de Cassation a déclaré valable le mandat donné dans ces conditions par un mari à sa femme d'administrer les biens dotaux et d'en employer librement les revenus, considérés comme ayant un caractère alimentaire (6). N'était-ce pourtant pas réaliser une sorte de séparation de biens ? Parfois même, tout en frappant de nullité le mandat qui trouve sa cause dans la séparation amiable prohibée, les tribunaux décident que la séparation volontaire implique un « mandat tacite donné par le mari à la femme de gérer et d'administrer ses biens personnels et d'en attribuer les revenus à ses besoins et à ceux de ses enfants » (7).

Les époux peuvent aussi, par des mandats nouveaux, modi-

(1) Cass., 8 janvier 1890, D. 91. 1. 215, — S. 92. 1. 380.

(2) Req., 25 novembre 1868, D. 69. 1. 148; — Req., 21 avril 1898, D. 98. 1. 506.

(3) Civ., 12 janvier 1874, D. 74. 1. 153; — Civ., 17 décembre 1901, D. 1903. 1. 153, S. 1905. 1. 37; — Req., 8 novembre 1905, D. 1906. 1. 14, — S. 1907. 1. 145; — Paris, 8 juillet 1925, D. 1926. 2. 77, n. NAST; — Civ., 29 janvier 1930, D. H. 1930. 161.

(4) Dijon, 13 novembre 1895, D. 96. 2. 133; — Paris, 5 janvier 1904, D. 1905. 2. 249, n. BINET; — Cass. Civ., 24 décembre 1917, D. 1921. 1. 13, — S. 1920. 1. 65, n. NAQUET; — Civ., 1^{er} juin 1929, D. 1931. 1. 79.

(5) Versailles, 16 juillet 1873, D. 75. 2. 41, S. 74. 2. 169.

(6) Cass., 8 janvier 1890, D. 91. 1. 215, — S. 92. 1. 380.

(7) Dijon, 13 novembre 1895, D. 96. 2. 133.

fier les mandats exprès contenus au contrat de mariage et attribuant à l'un d'eux l'administration de certains biens par dérogation aux règles normales du régime adopté.

Ainsi, la Cour de Cassation avait déjà jugé, par un arrêt du 15 mai 1899 (8), que la femme dotale qui s'est réservé par contrat le pouvoir d'administrer les deniers dotaux (art. 1549) peut, par un mandat inverse, confier cette gestion au mari, de telle sorte que celui-ci emploie valablement la dot à faire un apport en société.

La Chambre des Requêtes, le 27 novembre 1934 (9), a donné une solution analogue dans une affaire plus délicate. Il s'agissait d'époux mariés sous le régime dotal avec société d'acquêts. Le contrat de mariage contenait la clause suivante, prévue par l'article 1549 : « Le futur époux aura, conformément à la loi, l'administration des biens dotaux, et le droit d'en percevoir les revenus. Toutefois, la future épouse aura le droit de toucher annuellement, sur ses simples quittances, pour en faire tel emploi qu'elle jugera convenable, le quart des revenus de la succession de son père et le quart des revenus de la succession de sa mère. » Le contrat portait encore : « Les biens et valeurs que la future épouse pourra acquérir avec ces portions de revenus seront paraphernaux. »

En fait, le père de l'épouse décéda en 1919, sa mère en 1920. De 1919 à 1923, l'épouse n'exerça pas le droit que lui donnait le contrat : elle laissa son mari toucher ses revenus et en disposer. En 1924 seulement, elle encaissa le quart des revenus des successions. Puis les époux divorcèrent, et, au cours de la liquidation qui s'ensuivit, la femme réclama comme paraphernaux le quart des revenus de succession pour les années 1920 à 1923.

La question était délicate, car, ici, l'abandon tacite de gestion par la femme au mari avait pour résultat, en raison des stipulations du contrat, de modifier le sort des biens dont elle avait abandonné la jouissance.

La Cour pose d'abord le principe que la femme pouvant

(8) Cass. Civ., 15 mai 1899, D. 99. 1. 353.

(9) Req., 27 novembre 1934, D. 1935. 1. 29 (avec le rapport de M. le Conseiller PILON), — S. 1936. 1. 241, n. GUYOT.

incontestablement transférer à son mari les pouvoirs d'administration sur ses biens paraphernaux, on ne comprendrait pas qu'elle ne jouît pas, en ce qui concerne ses biens dotaux, de la même faculté qui a pour effet de la faire rentrer dans le droit commun. « L'immutabilité des conventions matrimoniales a surtout pour objet de rendre intangibles le régime adopté, les avantages que les époux se sont faits et qu'ils ont reçu des tiers ; elle ne saurait garantir au même titre de simples pouvoirs d'administration qui peuvent, *sans altérer le fond du contrat*, passer des mains de la femme à celles du mari. »

Le principe admis, la question se posait de savoir si, dans l'espèce, en décidant que les revenus dont la femme avait abandonné la jouissance au mari faisaient ainsi partie de la société d'acquêts alors que le contrat stipulait leur paraphernalité, on ne portait pas atteinte à l'immutabilité du régime matrimonial. La Cour, suivant l'argumentation proposée par le Conseiller rapporteur, M. Pilon, déclare : « Attendu que tout acte intervenu entre les époux pendant le mariage, fût-il préjudiciable à l'un d'eux, ne modifie pas le pacte matrimonial, mais en assure seulement l'exécution dès lors que, conforme aux prévisions du contrat de mariage, il aboutit à des résultats équivalents à ceux qu'ont voulu les époux ; — Or, attendu qu'il suffit de se reporter à l'article 7 du contrat de mariage pour constater qu'il n'implique pas que les parts des revenus dotaux réservés à la femme deviendront nécessairement paraphernaux ; qu'ils n'ont cette affectation qu'à la double condition d'avoir été touchés par la femme et employés ensuite en bien et valeurs... »

La solution mérite pleinement d'être approuvée. La Chambre des Requêtes a fait application d'un critérium autrefois proposé par Rodière (10) et qui demeure exact : est défendu par le principe d'immutabilité tout acte qui altère et modifie les conventions matrimoniales ; est permis au contraire tout acte qui apporte seulement un changement dans l'exécution primitivement prévue d'une convention matrimoniale.

Le mandat tacite donné par la femme au mari, et l'abandon

(10) RODIÈRE, n., S. 1868. I. 153.

de jouissance — avec leurs conséquences — n'étaient pas des modifications au pacte matrimonial ; ils en assuraient seulement l'exécution d'une façon différente de celle qui avait été stipulée. Mais l'on voit par cet exemple quelle liberté le principe de l'immutabilité du régime matrimonial laisse aux époux.

Il existe toutefois certaines limites au jeu des mandats correcteurs du pacte matrimonial.

La plus importante dérive de la nature même du mandat qui est par essence un contrat révocable. Tout mandat entre époux exige bien pour se former l'accord de volonté des conjoints ; mais il peut être rompu par la volonté d'un seul. La modification qu'il apporte au statut matrimonial est donc précaire, beaucoup moins solide que ne l'est le contrat de mariage lui-même et que ne le serait un nouveau contrat. Nous savons déjà que les époux ne peuvent donner un caractère irrévocable à la transmission des pouvoirs qu'ils effectuent sans faire une convention matrimoniale nouvelle, interdite, elle, par l'article 1395. Ceci est d'une importance capitale.

Les mandats entre époux souffrent d'autres restrictions. Aucun d'eux ne pouvait, avant la loi du 18 février 1938, supprimer l'incapacité de la femme mariée ni porter atteinte à la règle de la spécialité de l'autorisation maritale (11). Nous croyons que ceci demeure exact dans la mesure où l'incapacité de la femme subsiste, malgré la loi du 18 février 1938, c'est-à-dire notamment en ce qui concerne la femme séparée de biens et la femme dotale, incapables, si l'on interprète la loi à l'aide des travaux préparatoires formels en ce sens, d'aliéner leurs immeubles sans autorisation (12). Mais la nullité des mandats généraux ne résulte pas de l'immutabilité du régime matrimonial, qui n'est donc pas en cause ici.

Quant à la forme, les mandats entre époux peuvent être exprès ou tacites ; un même acte peut contenir deux mandats réciproques de la femme au mari et du mari à la femme et

(11) Cass. Civ., 10 mai 1853, D. 53. 1. 160, — S. 53. 1. 570 ; — Trib. civ. Seine, 5 novembre 1935, D. 1937. 2. 47.

(12) V. Paul ESMEIN, *La loi sur la capacité de la femme mariée*, G. P. Journ. quot. 6 et 7 mars 1938 ; — Léon JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *La loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée*, D. H., chr., 1938, p. 25.

rien n'empêche même de subordonner le maintien de l'un au maintien de l'autre, ce qui donnera en quelque sorte un caractère synallagmatique à la convention (13).

A tous ces points de vue, la liberté d'action des époux est très grande.

II. — Donations entre époux

Les rédacteurs du Code civil ont abandonné la prohibition des donations entre époux qui avait surtout pour but dans notre ancien droit d'assurer la conservation des biens dans les familles. En autorisant les libéralités entre époux, le législateur permet de corriger l'immutabilité du régime matrimonial. Toute donation entre époux modifie l'attribution des biens réglée par le pacte matrimonial ; le bien qui devait être commun ou propre de l'un des époux devient propre de l'autre.

Mais le législateur de 1804, en permettant les donations entre époux, les a déclarées essentiellement révocables. L'article 1096 du Code civil, qui pose le principe de cette révocabilité, et l'article 1395, sont liés. L'article 1096 consacre le droit de disposition que le principe d'immutabilité ne retire pas aux époux. En retour, l'article 1395 fait respecter le caractère essentiellement révocable des donations entre époux imposé par l'article 1096.

Il est bon de rappeler que les libéralités entre époux sont soumises à diverses conditions, soit de forme, soit de fond.

1° Conditions de forme.

A l'inverse des mandats, le jeu des donations entre époux est paralysé par des conditions de forme.

Tout d'abord — et c'est l'évidence, — les époux doivent observer les formes habituelles des donations : rédaction par acte notarié (art. 931), présence réelle du second notaire ou des témoins instrumentaires (L. 21 juin 1843, art. 2 ; L. 12 août 1902, modifiant art. 9 L. du 25 ventôse an XII). Ces libéralités ne sont pas dispensées de la nécessité d'une accep-

(13) SAVATIER, *Portée et valeur du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales*, Rev. trim., 1921, p. 99.

tation expresse, la dispense n'existe que pour les donations contenues dans le contrat de mariage (art. 1087).

La règle de forme qui paralyse surtout les donations entre époux — et qui leur est spéciale — est la prohibition des libéralités mutuelles contenues dans un seul acte (art. 1097). Cette interdiction est destinée à assurer la faculté de révocation, et nous y reviendrons, mais son utilité réelle est loin d'être démontrée, car la révocation de la libéralité est indépendante de la conservation du titre qui la constate (14).

Il semble d'ailleurs que les tribunaux aient exagéré la portée d'application de la règle posée par l'article 1097. Elle est une simple règle de forme et les libéralités indirectes ne devraient pas tomber sous son empire. Or, il a été jugé que les époux ne peuvent stipuler, en achetant un bien, qu'il appartiendra au survivant d'entre eux (15), et qu'ils ne peuvent, en procédant à un partage d'ascendant, réserver au survivant une rente viagère ou l'usufruit des biens donnés (16).

Cette sévérité de la jurisprudence est d'autant plus surprenante que les tribunaux n'appliquent pas, en général, aux donations indirectes permises entre époux (art. 1099) les règles de forme des libéralités, en particulier l'exigence de la rédaction par acte authentique.

Les deux formes les plus pratiques de donations indirectes sont la stipulation pour autrui et la renonciation à un droit ; la jurisprudence les traite différemment. Elle se montre favorable à la stipulation pour autrui et valide en conséquence les constitutions de rentes viagères et les assurances sur la vie. Par contre, elle demeure hostile à la renonciation et nous avons déjà dit qu'elle annule les renonciations abdicatives aux libéralités faites par contrat de mariage. Si les donations indirectes — sauf ces restrictions jurisprudentielles — sont valables, on sait que les donations déguisées ou faites à personnes interposées sont nulles, toujours d'après la jurisprudence.

(14) PLANIOL et RIPERT, *Tr. élém.*, III, n° 3215; — COLIN et CAPITANT, III, p. 824; — JOSSERAND, III, n° 1813; — *Revue du notariat*, 1886, n° 7429 et 7430.

(15) Lyon, 21 juillet 1849, D. 49. 2. 223.

(16) Paris, 23 juillet 1900, D. 1900. 2. 492, — S. 1903. 2. 265.

2° Conditions de fond.

Les donations entre époux peuvent être des donations de biens présents ou de biens à venir ; ces dernières sont, d'ailleurs, les plus fréquentes. D'autre part, le mari a le droit de faire des libéralités à sa femme avec les biens communs (17). Mais la règle de fond essentielle, et spéciale aux donations entre époux, est la révocabilité. On sait que la faculté de révocation est personnelle à l'époux donateur, qu'elle peut s'exercer aussi bien contre les héritiers de l'époux donataire que contre lui-même ; qu'enfin la révocation peut être expresse ou tacite.

C'est précisément cette révocabilité qui rend précaires et imparfaites les modifications apportées au statut matrimonial par les donations entre époux, et qui assure le respect du principe d'immutabilité.

En effet, dans la plupart des cas, l'un des conjoints veut bien transmettre à l'autre certains avantages, mais à condition que ce dernier lui en accorde aussi. Ou bien ces conventions modifiant l'attribution primitive des biens sont faites dans le même acte, et elles sont nulles en vertu de l'article 1097 qui interdit, nous le savons, les libéralités mutuelles contenues dans un seul titre ; ou bien elles sont faites par actes séparés, et par conséquent valables, mais, en vertu de l'article 1096, chacun des époux peut révoquer à son gré la libéralité qu'il a consentie sans que celle dont il bénéficie soit révoquée de plein droit. Les époux sont donc à la merci de leur mutuelle bonne foi, et d'une bonne foi qui subit de grandes tentations ! Car il viendra un moment où l'un d'eux mourra, et le survivant pourra révoquer alors toutes les donations faites au prédécédé, et profiter quand même des libéralités dont celui-ci l'aurait gratifié.

En pratique, il faut reconnaître que les conséquences de la révocabilité apparaissent moins redoutables. Tout d'abord, les donations sont généralement faites sous condition de survie, et la crainte de leur révocation est alors inexistante, le survivant étant seul donataire. D'autre part, ainsi que le fait justement observer M. Savatier (18), les effets de la révocation

(17) Cass., 9 mai 1881, S. 1881. 1. 337.

(18) SAVATIER, *Portée et valeur du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales*, Rev. trim., 1921, p. 107.

ad nutum peuvent être considérablement atténués par les précautions des époux.

Le désir de ceux-ci de rendre bilatérale la modification que la donation apporte au régime matrimonial peut se réaliser dans une large mesure au moyen de la libéralité avec charges. A vrai dire, ce procédé n'est guère utilisé par les époux, et l'on n'en trouve en jurisprudence que de rares exemples ; du moins sont-ils suggestifs.

Un arrêt de la Chambre civile du 19 décembre 1894 (19) a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt d'une Cour d'appel qui avait interprété un legs d'usufruit comme une libéralité faite à charge pour le bénéficiaire de renoncer aux gains de survie que lui assurait une donation antérieure. La femme, léguant à son mari le quart de ses biens en usufruit, avait révoqué en même temps les avantages qu'elle lui avait consentis par contrat de mariage. Le mari avait accepté le legs et attaqué la révocation qu'il prétendait contraire à l'immutabilité du pacte matrimonial. La Cour d'appel avait repoussé sa prétention en interprétant le legs comme une libéralité faite à charge de renoncer aux gains de survie, et l'acceptation du legs par le mari comme l'exécution de la charge imposée. La Cour de Cassation a ratifié cette interprétation. Il est certain, en effet, que le legs avec charges est permis entre époux.

Quant à la donation avec charges, sa validité est plus douteuse, à cause de sa ressemblance avec la vente, mais il semble cependant qu'elle soit permise, à condition que l'intention libérale ne soit pas douteuse. Et la jurisprudence ne se montre pas exigeante pour découvrir une intention libérale. Il n'est pas nécessaire que l'avantage conféré au bénéficiaire par l'ex-cédent de la libéralité sur la charge soit considérable. Ainsi, la Cour de Douai, dans un arrêt du 18 mars 1905 (20) a vu une donation avec charges dans la convention suivante : un mari avait fait à sa femme donation universelle de ses biens à venir, sous la condition que ses héritiers à lui, donateur, auraient droit, au décès de l'épouse donataire, de prélever sur l'hérédité de celle-ci la valeur en argent des biens recueillis

(19) Civ., 19 décembre 1894, D. 95. 1. 258.

(20) Douai, 18 mars 1905, D. 1906. 2. 161.

en vertu de la donation. Les héritiers du donateur soutinrent que la convention était nulle comme vente déguisée sans détermination de prix. La Cour décida que l'acte ne constituait pas une vente, mais une donation avec charge.

On peut donc concevoir que deux époux se fassent deux libéralités de cette sorte, la charge de l'une correspondant à une partie du montant de l'autre, et toutes deux étant réalisées par des actes différents. Si l'une d'elles est révoquée par le disposant, l'autre tombe pour inexécution des charges.

Voici une excellente combinaison pour tourner le principe d'immutabilité. Ne constitue-t-elle pas une fraude à la loi ? De tout temps, les détours habiles pour échapper aux prohibitions légales ont été usités, et Molière — bien qu'on s'attende peu à le trouver en cette affaire ! — parle de « ces expédients pour passer doucement par dessus la loi et rendre juste ce qui n'est pas permis ».

En réalité, nous croyons qu'ici le principe d'immutabilité demeure sauvegardé. Une différence essentielle subsiste entre les libéralités avec charges et de véritables modifications aux conventions matrimoniales : les libéralités sont *toujours révocables*. Il suffit de la volonté unilatérale d'un époux pour mettre à néant la combinaison par laquelle leur accord avait provisoirement remanié le pacte matrimonial. Cette réserve capitale suffit à assurer le respect de l'article 1395.

Les donations entre époux sont soumises, non seulement à la révocabilité, mais à toutes les règles de fond, soit des donations en général, soit des libéralités entre époux ; elles ne peuvent dépasser la quotité disponible spéciale ; elles sont révocables pour ingratitude ; elles doivent, le cas échéant, être rapportées. On sait aussi que la jurisprudence, en faisant intervenir la notion de la cause impulsive et déterminante, frappe certaines libéralités, et qu'elle applique ici cette théorie en annulant les donations qui sont consenties entre époux à l'occasion d'une séparation amiable (21). Tout ceci empêche encore les rectifications que nos donations permettent d'apporter au contrat de mariage d'équivaloir à un changement de régime.

(21) Civ., 2 janvier 1907, D. 1907. 1. 137, n. A. COLIN, — S. 1911. 1. 585, n. WAHL.

Mais le principe d'immutabilité du régime matrimonial conduit en toute cette matière, croyons-nous, à d'heureux résultats. Sa conséquence est que les modifications au contrat de mariage doivent être traitées comme des donations, et non comme des conventions de mariage. Ainsi les époux ne peuvent s'écarter de la charte familiale que d'une façon provisoire, et l'article 1395 réserve à chacun d'eux la faculté d'y revenir librement si, après expérience, elle lui semble préférable. D'autre part, le principe d'immutabilité, en écartant l'application de l'article 1525, s'oppose à ce que les avantages matrimoniaux soient considérés autrement que comme des libéralités et donne ainsi aux enfants du ménage l'assurance de recevoir leur réserve sur les éléments du patrimoine familial déterminé par les conventions matrimoniales primitives. Et tel est bien l'esprit du « pacte familial » qu'est le contrat de mariage.

En combinant mandats et donations, avons-nous dit, il semble que les conjoints puissent remanier de fond en comble leur statut matrimonial. Prenons deux exemples extrêmes.

Supposons deux époux mariés sous le régime de la séparation de biens. La femme donne mandat à son mari d'administrer ses biens et d'en percevoir les revenus (art. 1539). Puis, par actes séparés, les époux se font donation de la moitié des biens qu'ils laisseront à leur décès, ou qu'ils posséderont à la dissolution du mariage. Le mandat et la double donation procurent aux époux à peu près les mêmes avantages que la stipulation d'une communauté.

Inversement, supposons deux époux mariés sous le régime de la communauté universelle. Le mari donne à la femme mandat d'administrer les biens qu'elle a apportés, d'en percevoir les revenus, d'en placer les économies. Puis il lui fait donation de sa propre part dans lesdits biens et lesdites économies, cependant que par acte séparé, la femme fait donation au mari de ses droits dans la communauté, à l'exclusion de ceux qu'elle possède sur les biens apportés par elle et sur les économies réalisées. La combinaison du mandat et des libéralités équivaut à la substitution d'un régime de séparation de biens à la communauté universelle.

Ces jeux de conventions sont valables sous deux importantes

réserve. Les époux ne peuvent, même par ces contrats révocables, porter atteinte aux droits de leurs créanciers. Ainsi, dans notre dernier exemple, malgré le mandat et la donation consentis à la femme, si le mari laisse à son décès une situation obérée, les créanciers pourront saisir tous les biens restituables à la femme, parce que, à leur égard, ils n'ont pas cessé de dépendre de la communauté universelle.

Il faut se garder toutefois d'exagérer les droits des créanciers. Lorsqu'un mandat a été donné entre époux, ni les créanciers de l'un, ni les créanciers de l'autre ne peuvent méconnaître la validité des actes passés par le mandataire. Lorsqu'une donation de biens présents, directe ou indirecte, a été faite, les créanciers perdent leur droit de gage sur le bien donné, leur seule ressource étant l'action paulienne ; s'il y a donation de biens à venir, au contraire, le donataire doit contribuer au paiement du passif (22).

La seconde observation, plus importante encore, est que les conventions dont nous parlons sont essentiellement révocables et ne peuvent apporter au régime matrimonial que des modifications précaires et imparfaites. Il suffit toujours de la volonté, demeurée libre, *de l'un des époux* pour mettre fin à la combinaison qui modifiait provisoirement, *de leur consentement mutuel*, le statut matrimonial. Grâce au principe d'immutabilité, le contrat de mariage apparaît comme le refuge où chacun d'eux peut librement revenir, s'il juge que les expériences tentées ont été malheureuses. Et, encore une fois, ceci nous semble pleinement conforme à l'esprit du statut matrimonial.

Il n'en reste pas moins vrai que les mandats et donations entre époux atténuent sérieusement, et dans l'heureux intérêt des conjoints, la rigueur du principe d'immutabilité. Celui-ci, on le voit, loin d'enfermer, ainsi que le prétendent certains auteurs, les époux dans une étroite prison, leur laisse au contraire, à l'intérieur de leurs conventions matrimoniales, une large liberté d'action.

(22) SAVATIER, *Portée et valeur du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales*, *Rev. trim.*, 1921, p. 113.

§ 2. — CONSTITUTION DE RENTE VIAGÈRE ET STIPULATION
D'ASSURANCE SUR LA VIE
SOUS LE RÉGIME DE COMMUNAUTÉ

En principe, l'immutabilité du régime matrimonial s'oppose à ce que les époux mariés sous le régime de la communauté attribuent le caractère de biens propres à des biens acquis au cours du mariage avec des effets communs. Mais la jurisprudence, puis la loi, ont apporté à ce principe une exception, que son importance pratique rend remarquable, en ce qui concerne les constitutions de rentes viagères et les stipulations d'assurances sur la vie.

Les assurances sur la vie et les rentes viagères sont des institutions de prévoyance dont le but essentiel, dans le cas particulier que nous étudions, est d'assurer à l'un des conjoints, après le décès de l'autre, — généralement à la femme survivante, — les ressources suffisantes pour vivre et conserver à peu près le même train de vie qu'avant la dissolution du mariage. Biens mobiliers acquis à titre onéreux au cours du mariage, elles devraient, par application des règles immuables du régime de communauté, tomber dans la masse commune, par conséquent, être partagées entre le conjoint survivant et les héritiers du conjoint prédécédé. Ce résultat serait contraire à leur fonction économique. Il s'agit de savoir si, dans certains cas, malgré le principe d'immutabilité, les époux ne peuvent pas prélever, à titre personnel et exclusif, le bénéfice d'une assurance sur la vie ou d'une rente viagère constituées avec des deniers communs.

1. — Stipulation d'assurance sur la vie

La doctrine, en général, et la jurisprudence, admettaient que l'un des époux peut prélever, à titre personnel, le profit d'une assurance sur la vie. La loi du 13 juillet 1930 est venue consacrer en partie les solutions antérieures. On peut distinguer suivant que l'assurance est contractée soit par un conjoint au profit de l'autre, soit par un conjoint à son profit personnel, soit enfin conjointement par les deux époux.

a) Lorsque l'assurance est contractée par l'un des époux au profit de l'autre, l'intention de l'époux qui la contracte — généralement le mari — est de conférer à son conjoint un droit personnel et exclusif sur le capital ou la rente destinés à assurer ou à accroître ses ressources. Le bénéfice du contrat doit donc être soustrait à tout partage avec les héritiers de l'assuré, il doit échapper à l'action des créanciers, même au cas de faillite de l'assuré, et la femme doit pouvoir le conserver en totalité, même si elle renonce à la communauté.

Avant la loi du 13 juillet 1930, la doctrine (1) et la jurisprudence (2) étaient d'accord pour reconnaître que le bénéfice de l'assurance ainsi contractée constituait un propre pour l'époux en faveur duquel l'assurance était stipulée.

Mais on éprouvait en doctrine une difficulté à expliquer cette solution. Le bénéfice de l'assurance étant un bien mobilier acquis au moyen de primes payées par la communauté paraissait devoir tomber dans la masse commune, même en admettant que l'époux bénéficiaire eût, en vertu des règles de la stipulation pour autrui, un droit direct contre l'assureur. Comment expliquer qu'il constituait un propre ?

Certains auteurs soutenaient que le droit de l'époux bénéficiaire survivant ne prenait naissance qu'au moment de la

(1) BARTIN sur AUBRY et RAU, *t. VIII*, § 507, texte et notes 31 octies à décies; — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 283; — PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. VIII par M. NAST, n° 211; — COLIN et CAPITANT, III, p. 71; — AMIAUD, *Tr. formulaire du notariat*, III, n° 830; — DUPUICH, *De l'assurance-vie*, n°s 521 et 536; — CAPITANT et BALLEYDIER, *L'assurance sur la vie au profit d'un tiers et la jurisprudence* (Livre du Centenaire du Code Civil, I, p. 564 et suiv.); — ZAMBEAUX, *L'assurance sur la vie entre époux*, thèse, Paris, 1933; — BÉRARD, *Du caractère personnel de certains droits et notamment du droit d'auteur dans les régimes de communauté*, thèse, Paris, 1902, p. 122 et suiv.; — WAHL, *L'assurance en cas de décès*, Rev. trim., 1902, p. 51; — LABBÉ, n., S. 77. 1. 397, — S. 89. 2. 121; — BAUDRY-LACANTINERIE, n., D. 93. 2. 185; — CAPITANT, n., D. 1911. 2. 1; — BÉDARRIDES, *Conclusions*, D. 77. 1. 224.

(2) Civ., 28 mars 1877, D. 77. 1. 241, — S. 77. 1. 393, n. LABBÉ; — Civ., 2 mars 1881, D. 81. 1. 400, — S. 81. 1. 144, n. LABBÉ; — Req., 9 mai 1881, D. 82. 1. 97, — S. 81. 1. 337; — Civ., 2 juillet 1884, D. 85. 1. 150, — S. 85. 1. 5; — Civ., 22 février 1893, D. 93. 1. 401, n. PLANIOL, — S. 94. 1. 65, n. LABBÉ; — Nancy, 16 mars 1901, D. 1902. 2. 170, — S. 1902. 2. 7; — Paris, 8 mars 1911, D. 1912. 2. 321, n. DUPUICH; — Rennes, 1^{er} février 1912, D. 1912. 2. 321, n. DUPUICH.

dissolution de la communauté (3), mais il était difficile de concilier cette explication avec la théorie d'après laquelle le tiers bénéficiaire d'une assurance sur la vie acquiert une créance contre l'assureur dès le jour du contrat (4).

Une autre partie de la doctrine invoquait l'intention de l'époux stipulant l'assurance — le mari — d'exclure de la communauté le profit de cette assurance (5). La constatation était insuffisante, car il s'agissait justement de savoir si l'intention de l'assuré pouvait conférer le caractère d'un propre au capital dû par l'assureur.

Plusieurs cours d'appel avaient tendance à se placer sur le terrain de l'article 1437, et, tout en reconnaissant à la femme un droit personnel et exclusif, l'obligeaient à rembourser à la communauté les primes que celle-ci avait payées, sous réserve de l'intention contraire du mari (6).

Mais la jurisprudence justifiait plus volontiers sa solution par l'idée d'une donation (7). L'époux souscripteur de l'assurance entend conférer à son conjoint — en l'espèce à la femme

(3) Civ., 2 juillet 1884, D. 85. 1. 150, — S. 85. 1. 5; — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 283; — HANS, *La réserve mathématique des contrats dans la communauté entre époux* (Ann. de droit commercial, 1908, p. 451); — THALLER, n., D. 88. 2. 1.

(4) DUPUICH, *De l'assurance-vie*, n° 518; — CAPITANT et BALLEYDIER, *L'assurance sur la vie au profit d'un tiers et la jurisprudence* (Livre du Centenaire du Code Civil, p. 562); — PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. VIII par M. NAST, n° 211; — PLANIOL, n., D. 93. 1. 401; — LABBÉ, n., S. 91. 2. 185.

(5) CAPITANT et BALLEYDIER, *L'assurance sur la vie au profit d'un tiers et la jurisprudence* (Livre du Centenaire du Code Civil, I, p. 565); — DUPUICH, *De l'assurance-vie*, n°s 507 et 521; — COLIN et CAPITANT, III, p. 71; — CAPITANT, n., D. 1911. 2. 1; — Colmar, 31 décembre 1891, D. 94. 2. 44; — Nancy, 16 mars 1901, D. 1902. 2. 170, — S. 1902. 2. 7; — Besançon, 10 mars 1911, D. 1912. 2. 321, n. DUPUICH.

(6) Nancy, 21 janvier 1882, D. 82. 2. 174; — Nancy, 18 février 1888, D. 89. 2. 198, — S. 90. 2. 27; — Nancy, 16 mars 1901, D. 1902. 2. 170, — S. 1902. 2. 7; — Paris, 8 mars 1911, D. 1912. 2. 321, n. DUPUICH; — Rennes, 1^{er} février 1912, D. 1912. 2. 321, n. DUPUICH; — LABBÉ, n., S. 1877. 1. 397; — CAPITANT, n., D. 1911. 2. 1; — DUPUICH, *De l'assurance-vie*, n° 535.

(7) Civ., 28 mars 1877, D. 77. 1. 241, — S. 77. 1. 393, n. LABBÉ; — Req., 9 mai 1881, D. 81. 1. 97, — S. 81. 1. 337; — Civ., 2 mars 1881, D. 81. 1. 400, — S. 81. 1. 144, n. LABBÉ; — Civ., 16 janvier 1888, S. 88. 1. 121; — Civ., 22 février 1893, D. 93. 1. 401, n. PLANIOL, — S. 94. 1. 65, n. LABBÉ; — BARTIN sur AUBRY et RAU, t. VIII, § 507, texte et note 31 nonies; — PLANIOL et RIPERT, *Tr. élém.*, III, n° 2202; — LYON-CAEN, n., S. 77. 2. 33.

— un avantage gratuit. Il est contraire à son intention et au but même qu'il poursuit, de faire payer à l'épouse bénéficiaire de l'assurance, le profit qu'elle retire du contrat. La femme doit être considérée comme donataire pour moitié, ou pour le tout, suivant qu'elle accepte ou répudie la communauté. Sentant que cette conception était inconciliable avec l'obligation de récompense, la jurisprudence avait tendance à admettre une dispense tacite de récompense lorsque les primes payées avec les revenus de la communauté ne constituaient pas une dépense exagérée (8), mais elle ne s'engageait que timidement dans cette voie.

Cette explication, qui avait le mérite de se concilier avec le principe d'immutabilité, était en contradiction avec les règles de la stipulation pour autrui d'après lesquelles le tiers bénéficiaire n'est pas, en ce qui concerne le capital, l'ayant-cause de l'assuré, mais de l'assureur. D'autre part, elle présentait l'inconvénient de soumettre la stipulation d'assurance sur la vie aux règles de fond des donations, ce qui entraînait une gêne pour les époux et parfois une nouvelle contradiction avec les règles générales des assurances sur la vie.

Aussi, semblait-il plus exact de dire, en combinant les règles de la stipulation pour autrui avec celles de la communauté, que la femme était bien donataire du mari, mais que la donation avait seulement pour objet les primes (9). Suivant cette théorie, tout se passait comme si le mari avait directement donné à la femme les primes avec clause d'exclusion de la communauté, la femme employant les sommes ainsi données à contracter une assurance personnelle. Ainsi, la femme n'était donataire que de la moitié ou de la totalité des primes, suivant qu'elle acceptait ou répudiait la communauté ; elle n'était soumise que dans cette mesure aux règles de fond des donations, et échappait à l'obligation de récompense.

En réalité, ces diverses explications ressemblaient fort à des artifices de raisonnement.

(8) Cass., 25 juin 1896, S. 96. 1. 361; — Amiens, 18 mai 1897, S. 1901. 2. 12; — Paris, 8 mars 1911, S. 1912. 2. 36, — D. 1912. 2. 321.

(9) WAHL, *L'assurance en cas de décès*, Rev. trim., 1902, p. 20 et suiv.; — BAUDRY-LACANTINERIE, note, D. 93. 2. 185; — PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. VIII par M. NAST, n° 211.

La loi du 13 juillet 1930 a résolu toutes ces difficultés d'interprétation (10). Son article 71 dispose :

« Le bénéfice de l'assurance contractée par un époux commun en biens en faveur de son conjoint constitue un propre pour celui-ci. Aucune récompense n'est due à la communauté en raison des primes payées par elle, sauf si les primes ont été manifestement exagérées. »

L'article 72 ajoute : « Les articles 559 et 564 du Code de Commerce sont sans application en cas d'assurance sur la vie contractée par un commerçant au profit de sa femme. »

Ces nouvelles dispositions de notre droit positif sont claires. L'époux bénéficiaire de l'assurance a contre l'assureur un droit direct inhérent au mécanisme de la stipulation pour autrui, un droit *personnel* qui lui épargne le concours des créanciers du souscripteur et le soustrait aux règles générales du régime de communauté (11). Il recueille le bénéfice de l'assurance à titre onéreux, la loi disant en termes exprès (art. 72) que les règles de fond des donations ne sont pas applicables aux droits de la femme du failli.

Ainsi, la loi du 13 juillet 1930 a consacré les solutions antérieures de la jurisprudence ; transformant en droit écrit le droit coutumier qui s'était formé progressivement, elle a fait œuvre de consolidation. Ses dispositions apportent au principe que les époux ne peuvent, en raison de l'immutabilité du régime matrimonial, se créer des propres avec les deniers communs, une heureuse exception qui s'explique par la faveur avec laquelle une telle assurance sur la vie est envisagée et par la préoccupation de lui faire produire tous ses effets (12).

b) Si un époux contracte une assurance à son profit personnel, il est hors de doute que le bénéfice est un propre quand les primes ont été payées avec des deniers propres.

Que doit-on décider si les primes ont été acquittées par la communauté ?

(10) DALLOZ, *Lois annotées*, 1930, p. 37.

(11) Trib. civ. Perpignan, 9 février 1933, *Gaz. Trib.*, 6 juin 1933, — *Journ. assur.*, 1934. 37, — *Rev. assur. terr.*, 1934. 519, — *Rec. assur.*, 1933. 411.

(12) THASBOT, *D.* 1931. 4. 37.

α) Si l'assurance est souscrite en cas de décès, c'est-à-dire si l'époux l'a contractée pour le cas où il survivrait à son conjoint, on décide, en général, que le bénéfice tombe en communauté, de même que la rente viagère constituée avec des deniers communs par l'un des époux à son profit personnel (13). La loi du 13 juillet 1930, qui ne contient aucune disposition à ce sujet et décide par ailleurs que l'assurance contractée par l'un des conjoints au profit de l'autre constitue un propre, fournit un argument *a contrario* en faveur de cette solution (14).

Cependant, un arrêt et plusieurs auteurs avaient, avant cette loi, admis une solution différente au cas où l'assurance est contractée par la femme (15). On peut alors, disait-on, considérer que l'intervention du mari au contrat (nécessitée, avant la loi du 18 février 1938, par l'incapacité de la femme), implique une intention de donner, en sorte qu'il y a, en réalité, assurance du mari au profit de la femme (16). Mais, ainsi que le fait remarquer justement M. Nast (17), ce motif invoqué n'est pas suffisant, car rien ne prouve que le mari ait voulu faire donation des primes, et si la femme possède des biens réservés, elle n'a pas besoin de l'autorisation maritale.

Aussi, poursuit M. Nast, reprenant une théorie mise en valeur par Labbé (18), à moins qu'il ne soit établi que le mari ait voulu faire donation des primes, est-il préférable de dire que la communauté a fait une avance de fonds à la femme qui devra rembourser à la dissolution (art. 1437). Si, par exception

(13) Caen, 6 décembre 1881, D. J. G., Suppl., V^o Assurance, n^o 473, — S. 83. 2. 23; — COLIN et CAPITANT, III, p. 70; — WAHL, *L'assurance en cas de décès*, Rev. trim., 1902, p. 20; — LACOSTE, *L'assurance en cas de décès au profit d'un tiers déterminé*, Rev. trim., 1905, p. 201 et suiv.; — AMIAUD, *Traité formulaire du notariat*, III, n^o 829.

(14) JOSSEAND, III, n^o 39 bis.

(15) RIOM, 8 juillet 1890, S. 91. 2. 185, n. LABBÉ; — DUPUICH, *De l'assurance-vie*, n^o 525; — LEFORT, *Traité th. et prat. du contrat d'assurance sur la vie*, II, p. 383.

(16) DUPUICH, *De l'assurance-vie*, n^o 525.

(17) PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. VIII par M. NAST, n^o 212.

(18) LABBÉ, notes, S. 77. 1. 397, — S. 89. 2. 121; — Dans le même sens : BÉRARD, *Du caractère personnel de certains droits, et notamment du droit d'auteur dans les régimes de communauté*, thèse, Paris, 1902, p. 122; — CAPITANT, note, D. 1911. 2. 1. — *Contra* : BARTIN sur AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et note 31 decies; — DUPUICH, *De l'assurance-vie*, n^o 520.

aux règles de la communauté (art. 1401 — 1°), le bénéfice de l'assurance reste propre à la femme, c'est que celle-ci a entendu sauvegarder un intérêt d'avenir qui naît seulement à la dissolution de la communauté. Sans doute, dans la rigueur des principes, la créance que la femme acquiert contre l'assureur naît au jour même du contrat, mais il serait regrettable que cette règle, admise dans l'intérêt du bénéficiaire de l'assurance, puisse se retourner ici précisément contre la femme d'autant plus que l'intérêt à sauvegarder est, non seulement personnel, mais postérieur à la dissolution de la communauté. La communauté étant remboursée des primes qu'elle a payées, pourquoi interdire à la femme de conserver en propre le bénéfice de l'assurance, pourquoi l'obliger à la partager avec les héritiers du mari, et même à le perdre en entier si elle renonce à la communauté ? On n'a jamais admis que l'indemnité d'assurance, en cas d'incendie d'un propre, soit commune bien que les primes aient été payées par la communauté ; ici, s'il ne s'agit pas, à proprement parler, de réparer le préjudice causé à un propre, il y a cependant à sauvegarder un intérêt personnel qui vaut bien un propre. Au surplus, l'article 1437 admet que les époux peuvent, dans certains cas, se constituer des propres au moyen de valeurs fournies par la masse commune, sauf à l'indemniser. Les motifs exposés, conclut M. Nast, justifient pleinement l'application de l'article 1437 à la constitution d'une assurance au profit personnel de l'un des époux.

Si cette manière de voir est exacte, il n'y a pas lieu de la limiter à l'assurance contractée par la femme, et la même solution doit être admise pour l'assurance contractée par le mari (19).

Mais nous croyons qu'une semblable théorie est en contradiction avec le principe d'immutabilité. Elle aboutit à faire sortir de la communauté un bien qui devrait légalement y rentrer. Il est inadmissible que le mari puisse se constituer à lui-même des propres avec l'argent de la communauté. La disposition de l'article 71, § 2 de la loi du 13 juillet 1930, doit être

(19) PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. 8 par M. NAST, n° 212 *in fine*; — HANS, *La réserve mathématique des contrats dans la communauté entre époux* (Annales de droit commercial, 1908, p. 446 et suiv.).

interprétée, non pas par analogie — il n'y a pas d'analogie en l'occurrence — mais *a contrario*, cette interprétation étant d'autant plus justifiée qu'elle consacre le retour au droit commun.

β) Si l'assurance contractée par l'un des époux à son profit personnel, est une assurance en cas de vie, payable à terme fixe ou à un âge déterminés, certains auteurs en font entrer le bénéfice dans la communauté (20).

Selon d'autres, une distinction doit être faite ; ou bien l'échéance du contrat arrive au cours de la communauté, en ce cas, l'intérêt personnel de l'assuré disparaît devant celui de la communauté, et le bénéfice du contrat doit tomber dans la masse commune ; ou bien l'échéance arrive après la dissolution de la communauté : dans cette hypothèse, il n'existe plus d'intérêts communs, l'intérêt personnel du conjoint assuré est seul en jeu, et le bénéfice du contrat doit lui demeurer propre, sauf récompense, bien entendu (art. 1437) (21).

Ici, encore, le silence de la loi de 1930 fournit un argument *a contrario* en faveur de la première opinion.

c) Enfin, lorsque l'assurance est contractée conjointement par les deux époux au profit du survivant (22), le bénéfice du contrat, capital ou rente viagère, appartient en propre à l'époux survivant, même si les primes ont été payées par la communauté (23).

L'article 71 de la loi de 1930 doit être étendu à cette hypothèse, bien qu'il ne la vise pas, puisque l'époux survivant se trouvera, lors du décès de son conjoint, dans la même situation que s'il avait été, dès l'origine, l'unique bénéficiaire.

(20) LEFORT, *Traité th. et prat. du contrat d'assurance sur la vie*, II, p. 388 et 389 ; — DUPUICH, *De l'assurance-vie*, n° 511 ; — AMIAUD, *Traité formulaire du notariat*, III, n° 829.

(21) HANS, *La réserve mathématique des contrats dans la communauté entre époux* (Ann. de droit commercial, 1908, p. 446 et suiv.) ; — PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. 8 par M. NAST, n° 213 ; — Orléans, 26 mars 1887 (en note), S. 89. 1. 289, n. LABBÉ ; — Douai, 16 janvier 1897 (sol. impl.), D. 97. 2. 425, n. DUPUICH, — S. 1901. 2. 9.

(22) Si chaque époux a contracté une assurance au profit de l'autre, il y a deux contrats séparés, dont un seul produira effet et auquel on appliquera les règles de la loi du 13 juillet 1930. — Comp. Amiens, 4 août 1898, D. 1902. 2. 24, — S. 1901. 2. 11.

(23) Cass. Civ., 28 mars 1877, D. 77. 1. 241, — S. 77. 1. 393, n. LABBÉ ; — Rennes, 9 février 1888, S. 89. 2. 121, n. LABBÉ.

L'attribution du bénéfice de l'assurance en propre au survivant pouvait, avant la loi de 1930, s'expliquer de deux manières différentes, qui entraînaient des conséquences opposées.

On pouvait voir dans l'assurance conjointe, soit deux donations réciproques (24), soit un contrat indivisible, à titre onéreux et aléatoire (25), dont le bénéfice restait propre, sauf récompense, parce qu'il était destiné à sauvegarder un intérêt personnel né postérieurement à la dissolution de la communauté.

La loi du 13 juillet 1930 ne contient pas d'autre disposition spéciale à l'assurance conjointe qu'une règle destinée à affranchir ce contrat de la règle de l'article 1097 (art. 13). Mais, étant donné les solutions qu'elle consacre en ce qui concerne l'assurance contractée par l'un des conjoints au profit de l'autre, il semble que l'on doive désormais, par analogie, considérer que l'époux survivant recueille le bénéfice d'une assurance conjointe à titre onéreux (art. 72). Il en résulte que le contrat n'est pas révocable, ou du moins que la révocabilité ne peut porter que sur la remise de récompense. On est en droit de penser aussi que, s'appuyant sur les dispositions de la loi de 1930 (art. 72), la jurisprudence, qui s'était engagée dans cette voie (26), admettra plus aisément la dispense tacite de récompense lorsque les primes payées par la communauté ne constituent pas une dépense exagérée.

II. — Constitution de rente viagère

Il est évident que la rente viagère, constituée avec des biens ou des deniers propres, est exclue de la communauté, soit par

(24) Douai, 31 janvier 1876, D. 77. 2. 121, — S. 77. 2. 33, n. LYON-CAEN; — Cass. Civ., 28 mars 1877, D. 77. 1. 241, — S. 77. 1. 393, n. LABBÉ; — BARTIN sur AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et notes 31 octies à décies; — DUPUICH, *De l'assurance-vie*, n° 530; — HANS, *Annales de droit commercial*, 1908, p. 453.

(25) Rennes, 9 février 1888, S. 89. 2. 121, n. LABBÉ; — BÉRARD, *Du caractère personnel de certains droits et notamment du droit d'auteur sous les régimes de communauté*, thèse, Paris, 1902, p. 122 et suiv.; — LEFORT, *Traité th. et prat. du contrat d'assurance sur la vie*, II, p. 373; — PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. 8 par M. NAST, n° 214.

(26) Cass. Civ., 25 juin 1896, S. 96. 1. 361; — Amiens, 18 mai 1897, S. 1901. 2. 12; — Paris, 8 mars 1911, S. 1912. 2. 36.

l'effet d'une subrogation réelle, si elle est stipulée au profit de l'époux propriétaire desdits biens ou deniers, soit par l'effet d'une donation entre époux, si celui-ci l'a constituée au bénéfice de son conjoint (27).

Lorsque la rente viagère est constituée, non plus avec des deniers propres, mais avec des deniers communs, en principe, et par application des règles immuables du régime de communauté, elle est commune. Il en est ainsi au cas où elle est stipulée par le mari ou la femme à leur profit personnel (28) et lorsqu'elle est stipulée conjointement par les deux époux au profit personnel de chacun d'eux (29).

Mais la question qui se pose ici, comme en ce qui concerne la stipulation d'assurance sur la vie, est de savoir si, malgré le principe d'immutabilité, cette rente constituée avec des effets communs, ne peut pas, dans certains cas, être exclue de la communauté par la volonté des époux, afin de satisfaire leurs intérêts légitimes.

La loi du 13 juillet 1930 a résolu cette question en ce qui concerne les assurances sur la vie ou fournit du moins les éléments de la solution. Les règles qu'elle pose doivent-elles, par un raisonnement d'analogie, être étendues et appliquées aux constitutions de rente viagère ? Il serait intéressant de savoir si la jurisprudence pratique cette extension ou subit l'influence de ces nouveaux principes ; malheureusement, nous n'avons trouvé aucune décision relative aux constitutions de rente viagère postérieure à la loi du 13 juillet 1930 ; nous ne pouvons donc faire état que des solutions antérieures.

Selon la jurisprudence, dont les auteurs, à part de très rares et anciennes exceptions (30), approuvent les solutions

(27) Toutefois, tant que dure la communauté, les arrérages tombent dans la masse commune (art. 1401, 2°).

(28) LAURENT, XXI, n° 218 ; — HUC, IX, n° 85 ; — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 279 ; — AUBRY et RAU, 4^e éd., t. V, § 507, texte et note 9 ; — PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. 8 par M. NAST, n° 173 ; — Angers, 6 mars 1845, D. 45. 2. 56 ; — Bordeaux, 7 février 1878, D. 79. 2. 124, — S. 78. 2. 258.

(29) Mêmes auteurs, *loc. cit.* — Paris, 19 février 1864, D. 65. 2. 73, n. MOURLON, — S. 65. 2. 4, n. LABBÉ ; — Poitiers, 1^{er} août 1872, D. 73. 2. 109, — S. 72. 2. 203.

(30) AUBRY et RAU, 5^e éd., t. VIII, § 507, texte et note 9 ; — MOURLON, n., D. 65. 2. 73.

sauf à les justifier par des motifs différents, les époux peuvent valablement stipuler dans certains cas que la rente viagère, bien que valeur mobilière acquise à titre onéreux avec des effets communs au cours du mariage, sera attribuée en propre à l'un d'eux à la dissolution de la communauté. Il faut distinguer suivant que la rente est constituée, soit par l'un des conjoints au profit de l'autre ou à son profit personnel, soit par les deux époux conjointement au profit de l'un d'eux ou du survivant.

a) Il est possible d'abord que le mari constitue, avec des biens ou des deniers communs, une rente sur la tête et au profit de la femme, avec l'intention que la rente soit propre à celle-ci.

On a prétendu (31), et il a même été jugé (32) que la rente ainsi constituée appartient à la communauté. Mais, il est préférable de considérer, ainsi que d'autres arrêts l'ont décidé (33) et que certains auteurs le soutiennent (34), que l'épouse bénéficiaire acquiert à titre de propre. Les donations sont permises entre époux, et il n'est pas contraire à l'immutabilité du régime matrimonial que le mari donne à sa femme un bien commun dont il peut disposer à titre gratuit (art. 1422). Ce bien donné, la rente, malgré son caractère mobilier, demeure propre à la femme, en vertu d'une clause tacite d'exclusion de la communauté que l'art. 1401 — 1° *in fine* autorise dans les donations entre époux, aussi bien que dans les donations faites par des tiers aux époux. Il y a dans ce cas donation indirecte réalisée par voie de stipulation pour autrui.

Il en résulte que la femme n'a pas de récompense à payer à la communauté, et que la constitution de rente est soumise aux règles de fond des donations : elle est révocable (art. 1096), imputable sur l'usufruit légal de l'art. 767, réductible en cas

(31) HUC, IX, n° 86; — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 279.

(32) Cass. Civ., 22 juin 1891, D. 92. 1. 205.

(33) Paris, 19 mai 1890, D. 93. 2. 185, n. BAUDRY-LACANTINERIE; — Amiens, 18 mai 1897, D. 98. 2. 369, n. DUPUICH; — Cass. Civ., 26 octobre 1910, D. 1913. 1. 206, — S. 1913. 1. 13.

(34) PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. 8 par M. NAST, n° 205; — BAUDRY-LACANTINERIE et DUPUICH, notes précitées.

d'atteinte à la réserve (art. 920), caduque au cas de divorce ou de séparation de corps prononcés aux torts de la femme (art. 299) et, si le mari est commerçant, les droits de la femme donataire sont soumis, en cas de faillite, à l'application des articles 446 et 564 du Code de commerce.

Toutefois, come la donation résulte d'une stipulation pour autrui, l'épouse acquiert contre le débirentier un droit direct, qu'elle ne tient pas du mari constituant et qui, pour ce motif, est irrévocable. D'autre part, la valeur de la libéralité n'est pas égale à celle des effets communs, qui ont servi à constituer la rente ; en effet, tant que dure la communauté, les arrérages tombent dans la masse commune (art. 1401 — 2°), et c'est seulement après la dissolution que l'épouse bénéficiaire tire un profit personnel de la rente. Il s'ensuit que la libéralité ne porte que sur la totalité ou la moitié (suivant que la communauté est répudiée ou acceptée) de la part qui, dans les sommes déboursées par la communauté, représente le prix de la continuation de la rente, après la dissolution, à l'épouse gratifiée. Si donc le mari constituant révoque la donation, ou si celle-ci devient caduque par l'effet d'un divorce ou d'une séparation de corps, la femme ne perd pas son droit — direct et irrévocable — à la rente ; elle doit seulement rembourser à la communauté ce que celle-ci a payé pour lui faire acquérir, à titre personnel et à son profit exclusif, la continuation de la rente, après la dissolution du régime matrimonial.

b) On peut rapprocher de cette première hypothèse le cas — moins fréquent — où l'un des époux constitue une rente à son profit personnel avec des deniers communs.

En principe, nous le savons, la rente ainsi constituée est commune (35). Mais, si elle ne doit être payée qu'après la dissolution de la communauté — le plus souvent à partir du décès de l'autre conjoint — la jurisprudence décide qu'elle est propre à l'époux qui l'a stipulée (36), sauf récompense à la communauté.

Les époux ne peuvent en principe se constituer des propres

(35) LAURENT, XXI, n° 218; — HUC, IX, n° 85; — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 279; — AUBRY et RAU, 4^e éd., t. V, § 507, texte et note 9; — PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. 8 par M. NAST, n° 173.

(36) Paris, 22 février 1923, D. 1923. 2. 21.

avec des effets communs. Cependant, on sait que, d'après la jurisprudence, la qualité de propres peut être reconnue à certains biens mobiliers, malgré le silence de la loi qui ne les exclut pas de la communauté ; ainsi, on ne conteste pas que les biens auxquels s'attache un souvenir de famille, ceux qui ne présentent d'intérêt que pour l'un des époux, les pensions de retraites, de réforme, les pensions alimentaires sont des propres, et la Cour de Cassation exclut aussi de la masse commune les indemnités pour dommages personnels (37).

En réalité, disent dès lors certains auteurs (38), si ces biens sont exclus de la communauté, c'est parce qu'ils ont un *caractère personnel* marqué : leur possession ou leur attribution dépendent d'un intérêt personnel suffisamment accentué pour faire obstacle à leur mise en communauté.

Cette argumentation, pressentie par Aubry et Rau (39), a été magistralement développée par Labbé (40) à propos des assurances sur la vie et des rentes viagères. Le régime de la communauté, tel que l'a constitué la tradition française, n'a jamais été considéré, dit-il, comme une absorption absolue de tous les intérêts des époux, et, dans une mesure plus ou moins large, on a toujours tenu en dehors de la masse commune certains intérêts ou certains biens. Ce régime est avant tout basé sur l'idée de collaboration ; s'il est des intérêts ou des biens qui échappent à cette collaboration, il est logique et naturel de les tenir en dehors de la communauté, les intérêts de celle-ci étant suffisamment sauvegardés par le droit de jouissance qu'elle possède sur tous les biens propres des époux.

Or, la constitution faite par l'un des époux à son profit personnel d'une rente qui devra lui être servie après la dissolution de la communauté, ne peut pas être faite pour cette com-

(37) V. notamment Req., 13 avril 1921, D. 1922. 1. 5, n. CAPITANT, — S. 1922. 1. 257, n. DEMOGUE.

(38) AUBRY et RAU, 5^e éd., t. VIII, § 507, note 18 ; — PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. 8 par M. NAST, n° 187 et suiv. ; — COLIN et CAPITANT, III, p. 68 et 69 ; — LABBÉ, n., S. 77. 1. 397, — S. 89. 2. 121, — S. 91. 2. 185 ; — Léon BÉRARD, *Du caractère personnel de certains droits et notamment du droit d'auteur dans les régimes de communauté*, thèse, Paris, 1902, p. 117 et suiv.

(39) AUBRY et RAU, 5^e éd., t. VIII, § 507, note 18.

(40) LABBÉ, n., S. 77. 1. 393, — S. 89. 2. 121, — S. 91. 2. 185.

munauté, puisqu'elle a pour but de sauvegarder des intérêts postérieurs à sa dissolution.

Les auteurs ajoutent que le Code civil n'est pas contraire à leur manière de voir, car l'article 1437, en posant le principe des récompenses, admet que les époux peuvent emprunter à la communauté les sommes dont ils ont besoin pour conserver ou améliorer leurs biens propres, et aussi pour satisfaire à leurs intérêts restés en dehors de la communauté (41).

Dans le cas où un époux a acquis avec des effets communs une *rente différée* à son profit personnel, on admet donc que, après la dissolution de la communauté, il a seul droit aux arrérages, sauf à rembourser à la communauté le prix de la rente différée.

Cette solution est heureusement conforme à l'intention et aux intérêts des époux. Elle constitue cependant une dérogation au principe d'immutabilité. L'explication proposée par certains auteurs et qui prétend trouver les bases de la solution dans les règles mêmes du régime de la communauté, ne nous semble pas satisfaisante. Nous avons peine à admettre que les époux puissent ainsi se constituer des propres avec des deniers communs. Les tribunaux s'opposent, en général, à ce que la condition juridique d'un bien soit modifiée par la volonté des époux. Il nous semble bien qu'ils renoncent ici seulement pour des nécessités pratiques à appliquer cette solution stricte, mais logique.

c) Il est surtout très fréquent que deux époux acquièrent conjointement, avec des biens de communauté, une rente viagère, et stipulent qu'elle sera réversible sur la tête du survivant d'entre eux. Tant que les époux vivent, même si la communauté est dissoute par divorce, séparation de corps ou de biens, la rente doit être traitée comme un acquêt de communauté. Mais, au décès du prémourant, lorsque la clause de réversibilité est appelée à jouer, la question se pose de savoir si le survivant peut prélever la rente à titre personnel. Il est certain que l'intention des époux est ici que le survivant ait seul droit aux arrérages à échoir sans être tenu de les partager avec les héritiers du prédécédé, et que la femme, si elle

(41) V. BÉDARRIDES, D. 1877. 1. 241.

survit, y ait droit même au cas où elle renoncerait à la communauté.

Mais la clause de réversibilité est-elle licite ? La question de sa validité a été et demeure en doctrine — car elle est depuis longtemps résolue en jurisprudence — la question la plus délicate soulevée par l'application des règles du régime de communauté, et en particulier du principe d'immutabilité, aux constitutions de rentes viagères (42).

Les tribunaux n'ont jamais hésité à reconnaître sa validité et à déclarer que l'époux survivant doit seul recueillir la totalité de la rente (43). Mais ils ne donnent pas les motifs de leur décision (44). La jurisprudence fournit des solutions ; elle ne construit pas des théories. « Attendu, dit la Cour de Cassation, que la femme est appelée par la clause de réversibilité à profiter seule de la totalité de la rente constituée avec un bien de communauté » (45) — ou encore : « Attendu que le mari survivant a ainsi recueilli seul, à la faveur de la clause de réversibilité, un avantage dont la communauté avait fourni le prix » (46) — Cependant, il ne suffit pas de déclarer que le survivant doit pouvoir conserver seul le bénéfice de la rente puisqu'il s'agit justement de savoir si, et pourquoi, les époux peuvent, avec des effets communs, créer des propres, et, surtout, d'expliquer comment un bien qui, jusqu'alors était commun, peut être prélevé à titre de propre par l'un des époux au moment du décès de son conjoint.

(42) V. KERDARCUFF, *De la rente viagère réversible et de l'assurance-vie entre époux communs en biens*, thèse, Rennes, 1923.

(43) Cass. Req., 29 avril 1851, D. 52. 1. 25, — S. 51. 1. 329 ; — Cass. Req., 16 décembre 1867, D. 68. 1. 270, — S. 68. 1. 118 ; — Cass. Civ., 20 mai 1873, D. 74. 1. 72, — S. 73. 1. 339 ; — Cass. Civ., 30 décembre 1873, D. 74. 1. 362 ; — Cass. Civ., 22 octobre 1888, D. 95. 1. 354 (sous-note a), — S. 89. 1. 15 ; — Cass. Civ., 24 janvier 1894, D. 94. 1. 337, n. PLANIOL, — S. 94. 1. 288 ; — Cass. Civ., 4 décembre 1894, D. 95. 1. 353, — S. 98. 1. 487 ; — Paris, 19 février 1864, D. 65. 2. 73, n. MOURLON, — S. 65. 2. 4, n. LABBÉ ; — Besançon, 23 mai 1871, D. 72. 2. 215, — S. 74. 2. 310, n. LABBÉ ; — Paris, 6 novembre 1903, D. 1904. 2. 177, n. COQUELIN ; — Rouen, 10 février 1909, D. 1911. 2. 1, n. CAPITANT, — S. 1910. 2. 81, n. DALMBERT ; — Trib. civ. Laval, 17 janvier 1907, D. 1913. 2. 129, n. DUPUICH.

(44) V. cependant Trib. civ. Bernay, 14 avril 1908 (sous Rouen, 10 février 1909), D. 1911. 2. 1, n. CAPITANT, — S. 1910. 2. 81, n. DALMBERT, qui déclare expressément que le survivant prélève la rente à titre de propre.

(45) Cass. Civ., 30 décembre 1873, D. 74. 1. 362.

(46) Cass. Civ., 20 mai 1873, D. 74. 1. 72, — S. 73. 1. 339.

D'autre part, les arrêts ne disent pas à quel titre l'époux survivant a droit à l'intégralité de la rente. Est-ce à titre gratuit ? ou à titre onéreux ? La question est importante, en théorie, car l'une ou l'autre solution se justifie différemment, et en pratique, car elles entraînent des résultats différents. Si le survivant conserve le bénéfice de la rente à titre gratuit, il ne doit aucune récompense à la communauté, mais il est soumis aux règles de fond des donations, tandis que, s'il le conserve à titre onéreux, il échappe à l'application des règles de fond des donations, mais se trouve, par contre, tenu d'une récompense envers la communauté, à moins que le prémourant ne l'en ait dispensé.

Toujours sans motiver leur décision, les arrêts après avoir déclaré que l'époux a seul droit à la totalité de la rente, appliquent l'article 1437 aux termes duquel aucun époux ne peut retirer gratuitement un profit personnel de la communauté, et déclarent en conséquence l'époux survivant tenu de payer une récompense à la communauté (47) — « Attendu, dit la Cour de Cassation, que la femme appelée par la clause de réversion à profiter seule de la totalité de la rente constituée avec un bien de communauté, doit, aux termes de l'article 1437, récompense à la communauté de la valeur dont elle bénéficie (48) » — ou encore : « Attendu que, par application de l'article 1437, l'époux survivant qui, à la dissolution de la communauté, profite d'une rente viagère acquise avec des deniers de communauté et stipulée réversible sur la tête du survivant, doit récompense à la communauté pour l'avantage personnel qu'il en retire » (49).

Sur ce point, la solution de la jurisprudence est manifestement contraire à l'intention des époux. Ceux-ci veulent assurer au survivant la jouissance complète de la rente, sans qu'il ait rien à déboursier, et les tribunaux le contraignent à acheter à beaux deniers comptants le bénéfice qu'il retire du contrat. Il convient d'ailleurs d'observer que la jurisprudence reconnaît au prémourant le droit d'exonérer le survivant de l'obligation de récompense par une dispense expresse ou même

(47) V. arrêts précités.

(48) Cass. Civ., 20 mai 1873, D. 74. 1. 362.

(49) Cass. Civ., 24 janvier 1894, D. 94. 1. 337, — S. 94. 1. 288.

tacite (50), à condition, dans ce dernier cas, que l'intention ne soit pas douteuse.

Notons aussi qu'en ce qui concerne le montant de la récompense, la jurisprudence a varié (51) ; elle semble aujourd'hui (52) fixée en ce sens que le survivant doit, non pas la valeur de la rente au décès du prémourant, mais le prix de la réversibilité apprécié à la date de la constitution de la rente d'après les barèmes des compagnies d'assurances.

Telles sont les solutions de la jurisprudence. En pratique, elles donnent satisfaction aux époux, car ceux-ci écartent sans peine l'obligation de récompense, seule contraire à leur volonté, par une dispense expresse ; quant à la solution principale, à savoir que l'époux survivant profite seul de la totalité de la rente, elle est heureusement conforme aux intérêts des ménages. Elle constitue, elle aussi, une dérogation au principe d'immutabilité, car elle suppose une modification apportée volontairement par les époux à la condition juridique d'un bien. La très grande majorité de la doctrine considère cependant que la solution jurisprudentielle est bienfaisante — ce qui est incontestable — et qu'on peut la justifier.

Quelques auteurs avaient d'abord prétendu que la clause de réversibilité est nulle (53). Le principe d'immutabilité interdit aux époux, disent-ils, de se créer des propres en dehors des cas prévus par la loi. D'autre part, la clause tombe sous le coup de l'article 1097 qui interdit les libéralités mutuelles entre époux faites par un seul et même acte.

Cette opinion n'est plus défendue aujourd'hui (54). L'ar-

(50) Cass. Civ., 24 janvier 1894, D. 94. 1. 337, n. PLANIOL, — S. 94. 1. 288 ; — Trib. civ. Laval, D. 1913. 2. 129, n. DUPUICH.

(51) Cass. Civ., 20 mai 1873, D. 74. 1. 72, — S. 73. 1. 339 ; — Cass. Civ., 30 décembre 1873, D. 74. 1. 362 ; — Paris, 6 novembre 1903, D. 1904. 2. 177 ; — Cass. Civ., 6 octobre 1910, D. 1913. 1. 206, — S. 1913. 1. 13 ; — Paris, 23 février 1923, D. 1923. 2. 21.

(52) Depuis l'arrêt de Paris, 6 novembre 1903, D. 1904. 2. 177, dont la solution a été implicitement adoptée par l'arrêt de Cassation du 6 décembre 1910, D. 1913. 1. 206, — S. 1913. 1. 13.

(53) LAURENT, XXI, n° 219 ; — BARTIN sur AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et note 9 ; — MOURLON, note, D. 65. 2. 73 ; — HUC, IX, n° 85 ; — Trib. civ. Beaugé, 21 décembre 1872, S. 73. 2. 90 ; — Poitiers, 1^{er} août 1872, D. 73. 2. 109, — S. 72. 2. 203.

(54) LABBÉ, note, S. 65. 2. 4 ; — LYON-CAEN, note, S. 77. 2. 33 ; — CAPITANT, note, D. 1911. 2. 1 ; — PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. 8 par M. NAST, n° 205.

ticle 1097 — à supposer que la clause de réversibilité s'analyse en une donation réciproque — ne s'applique pas car il ne régit pas les libéralités indirectes. Quant au principe d'immutabilité, sa portée n'est pas telle qu'il interdise aux époux de se faire des donations avec des biens de communauté, disent à juste titre les auteurs qui voient dans la clause de réversibilité une donation mutuelle. Ceux qui admettent avec la jurisprudence, à la charge de l'époux bénéficiaire, l'obligation de récompense, qui écarte toute idée de libéralité, prétendent que le principe d'immutabilité n'interdit pas aux époux de se consentir des avances de fonds avec les deniers communs, ce qui est exact. Mais, nous croyons qu'en permettant aux époux d'attribuer à un bien qui doit être commun, et qui l'a été d'abord en fait, la qualité de bien propre, sans faire intervenir l'idée de donation, la jurisprudence apporte une dérogation très nette au principe d'immutabilité.

Quelles sont donc les raisons invoquées par la doctrine pour justifier la validité de la clause de réversibilité ? Sans parler des auteurs pour lesquels les solutions de la jurisprudence se justifient seulement par des nécessités pratiques (55), il en est d'autres (56), pour lesquels la clause de réversibilité constitue une convention aléatoire et indivisible, à titre onéreux entre époux ; le survivant recueille la totalité de la rente sans être astreint à aucune récompense ; il n'y a pas d'avantage à son profit parce que la clause est réciproque et aurait pu procurer le même avantage à son conjoint. Cette interprétation viole directement le principe d'immutabilité et n'a jamais obtenu crédit ; si le contrat est à titre onéreux, la rente est un conquêt, et le survivant ne peut pas prélever ce conquêt, surtout sans indemnité.

Pour justifier les décisions jurisprudentielles, on a dit encore (57), d'une part, que les époux n'ont aucune intention libérale — ce qui explique l'obligation de récompense — et,

(55) BAUDRY-LACANTINERIE, *LE COURTOIS* et *SURVILLE*, I, n° 280.

(56) TROPLONG, II, n° 1200; — Rennes, 3 janvier 1861, S. 61. 2. 591; — Besançon, 23 mai 1871, D. 72. 2. 215, — S. 74. 2. 310.

(57) HUC, IX, n° 225; — GUILLOUARD, I, n° 377; — BARTIN sur AUBRY et RAU, t. VIII, § 507, texte et notes 9 *ter* et 31 octies; — COLIN et CAPITANT, III, p. 71; — CAPITANT, n., D. 1911. 2. 1.

d'autre part, que leur volonté de créer un propre n'est pas illícite, attendu qu'ils pourraient le faire au moyen d'une donation de biens communs, et qu'*a fortiori*, ils le peuvent si l'acquisition est à titre onéreux. Bien que les arrêts ne soient pas motivés, on est en droit de penser que les tribunaux considèrent la clause de réversibilité comme une avance de fonds consentie sur les deniers communs, et cette opération est compatible avec le principe d'immutabilité. Cette opinion n'explique pas juridiquement le résultat que les époux veulent atteindre. Elle présente cet inconvénient d'obliger le survivant à payer, contrairement à la volonté des époux, récompense à la communauté. Enfin, elle apporte, sans en donner un motif juridique sérieux, une exception au principe d'immutabilité.

On a fait remarquer que, pour le survivant, la rente est une garantie d'avenir (58) ; son affectation économique est d'assurer la situation du survivant au même titre que les pensions de retraite ; cela suffit pour que l'intérêt personnel du survivant l'emporte sur les intérêts de la communauté, qui, d'ailleurs, cesse d'exister au moment même où le survivant prélève la rente. Ceci veut être l'application d'une théorie émise par Labbé, à propos des assurances sur la vie, et dont nous avons déjà parlé. Mais, ici, la rente a été due dès le jour du contrat et elle est tombée en communauté. A elle seule, l'idée de la « garantie d'avenir » ou de « l'affectation économique » ne peut expliquer pourquoi la rente devient propre après avoir été conquêt. D'ailleurs, ainsi que nous allons le dire, en ce qui concerne les constitutions de rente viagère avec clause de réversibilité, Labbé a soutenu énergiquement la théorie d'une donation mutuelle.

Il a imaginé (59), pour obtenir le résultat cherché : prélèvement de la rente à titre personnel par l'époux survivant sans que celui-ci ait rien à déboursier, cette explication ingénieuse qui consiste à analyser la clause de réversibilité en une donation réciproque. Les époux se donnent mutuellement leur part respective dans la rente au moment du décès de l'un d'eux,

(58) BÉRARD, *Du caractère personnel de certains droits et notamment du droit d'auteur dans les régimes de communauté*, thèse, Paris, 1902, p. 122 et suiv.

(59) LABBÉ, n., S. 65. 2. 4, — S. 74. 2. 310; — LYON-CAËN, n., S. 77. 2. 33.

et le survivant recueille la rente à deux titres distincts ; une moitié comme commun en biens, l'autre moitié comme donataire ; si la femme survivante renonce à la communauté, elle recueille la totalité de la rente à titre de donataire. Cette explication est séduisante. Bien qu'on l'ait contesté (60), il est clair que les époux ont une intention libérale ; ils veulent qu'en cas de prédécès, leurs héritiers n'aient aucun droit sur la rente et dépouillent en réalité ceux-ci de leur part dans un bien de communauté au profit du survivant qui ne doit pas les indemniser. D'autre part, le principe d'immutabilité n'interdit pas les donations entre époux. Mais, nous ne croyons pas qu'une telle interprétation soit pleinement en accord avec le mécanisme de l'opération ; elle ne tient pas compte du fait que la rente a été commune jusqu'au décès de l'un des conjoints. De plus, elle a l'inconvénient de soumettre la constitution de rente viagère avec clause de réversibilité aux règles de fond des donations, révocabilité (art. 1096), réduction au cas d'atteinte à la réserve (art. 920), imputation sur l'usufruit légal de l'art. 767, caducité au cas de divorce ou de séparation de corps prononcé aux torts du survivant (art. 299), application, si le mari est commerçant, des articles 447 et 564 du Code de commerce.

En réalité, la constitution d'une rente viagère réversible est une opération complexe comprenant deux actes juridiques (61). D'une part, les époux veulent acquérir une rente immédiate au profit de tous les deux, tant qu'ils vivront l'un et l'autre ; cette rente est un bien commun. D'autre part, chaque époux stipule que la rente continuera à être payée en totalité à son conjoint si celui-ci survit. La clause de réversibilité est une stipulation pour autrui, le tiers bénéficiaire n'est déterminé qu'au décès du prémourant des époux. Cette stipulation est faite à titre gratuit dans l'intention des époux, et avec clause tacite d'exclusion de la communauté. Cette opinion, soutenue par d'éminents auteurs (62), nous paraît à la fois la plus

(60) BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 280.

(61) PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. 8 par M. NAST, n° 207.

(62) PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. 8 par M. NAST, n° 207 ; — CAPITANT, n., D. 1911. 2. 1 ; — DALMBERT, n., S. 1910. 2. 81 ; — DUPUICH, n., D. 1913. 2. 129.

exacte et la plus conforme aux intérêts des époux. Elle ne se heurte pas au principe d'immutabilité, car la stipulation pour autrui, libéralité indirecte, est compatible avec ce principe. Elle n'oblige pas le survivant à payer une récompense à la communauté. Elle explique comment le survivant, tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, a un droit personnel à la rente. Enfin, puisque le droit du survivant est acquis directement du débirentier sans passer par la communauté, il s'ensuit — si l'on adopte cette théorie — que la libéralité porte uniquement sur le prix de la réversibilité, et que ce prix seul, ou la moitié de ce prix — suivant que la femme ou ses héritiers renoncent à la communauté ou l'acceptent — doit suivre les règles de fond des donations.

d) De la constitution de rente viagère avec clause de réversibilité au profit du survivant, on peut rapprocher le cas — moins fréquent — où les deux époux acquièrent une rente avec des effets communs et stipulent la réversibilité au profit, non du survivant, mais de l'un ou de l'autre d'entre eux. Cette clause est valable, et l'époux bénéficiaire conserve la totalité de la rente, s'il survit (63). Mais, d'après la jurisprudence, il est tenu — sauf dispense expresse ou tacite — à payer à la communauté, à titre de récompense, le prix de la réversibilité (64). Certains auteurs, au contraire — et pour les mêmes motifs que dans l'hypothèse précédente — considèrent qu'il conserve le bénéfice de la rente à titre de donation et sans avoir à payer de récompense (65).

En toute cette matière des constitutions de rentes viagères et stipulations d'assurances sur la vie, la jurisprudence a construit un système incontestablement bienfaisant. La doctrine parvient aux mêmes résultats, et même dans certains cas, à des résultats plus conformes à la volonté des époux, mais elle les concilie avec le principe d'immutabilité sans peine en faisant appel à l'idée de donation. La jurisprudence, au contraire, admet rarement cette justification, puisqu'elle soumet en gé-

(63) Cass. Civ., 22 octobre 1910, D. 1913. 1. 206, — S. 1913. 1. 13; — Paris, 23 février 1923, D. 1923. 2. 21.

(64) Cass. Civ., 22 octobre 1910 et Paris, 23 février 1923, précités.

(65) PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. 8 par M. NAST, n° 208.

néral l'époux bénéficiaire du contrat à l'obligation de récompense. Dès lors, l'opération s'analyse en l'acquisition avec des deniers communs d'un bien stipulé propre à l'un des époux, c'est-à-dire en une modification conventionnelle du régime matrimonial adopté. Il y a donc bien une exception marquée à la règle générale, car habituellement, cette même jurisprudence, à très juste titre, considère comme contraire au principe d'immutabilité, l'acte qui aurait pour résultat de convertir en propre un bien commun.

Les solutions jurisprudentielles relatives aux rentes viagères et aux assurances sur la vie ont reçu aujourd'hui la consécration législative, mais elles demeurent l'exemple le plus frappant de cette idée que la jurisprudence ne se fait pas toujours, ainsi qu'on l'a dit, une conception « tyrannique » du principe d'immutabilité et qu'elle sait, au moins dans ce cas, se montrer indulgente pour satisfaire aux exigences de la pratique.

§ 3. — CONTRATS ENTRE LES ÉPOUX ET LES CONSTITUANTS DE LA DOT. — MODIFICATIONS AUX CONDITIONS DE PAIEMENT DE LA DOT.

On se souvient que la jurisprudence tend à annuler toutes conventions des époux avec les constituants de la dot pouvant aboutir à diminuer ou à anéantir la libéralité contemporaine du mariage.

Elle reconnaît au contraire la validité des conventions favorables à l'époux doté.

Ceci n'est qu'un rappel. En signalant cette distinction, nous avons dit pourquoi il serait préférable de décider que tout contrat, à titre onéreux ou gratuit, quel que soit son résultat, favorable ou défavorable aux époux, est libre entre eux et les tiers donateurs, pourvu qu'il ne soit pas l'exécution d'une contre-lettre antérieure, et à condition, bien entendu, que les époux agissent dans la limite des pouvoirs que comporte le régime adopté, et ne violent pas notamment l'inaliénabilité dotale.

Il est hors de doute, d'autre part, que le principe d'immutabilité n'interdit pas les libéralités nouvelles, consenties soit par les époux aux constituants de la dot, soit par ceux-ci aux

conjoints, si elles n'ont aucun lien avec les libéralités faites par contrat de mariage, et toujours sous réserve de l'application de l'article 1543.

Parmi les conventions postérieures au mariage et passées entre les époux et les tiers donateurs, il en est qui sont particulièrement fréquentes, et que la jurisprudence n'a pas hésité à reconnaître valables ; ce sont celles qui sont relatives aux conditions de paiement de la dot.

L'article 1395 exige que les engagements pris par les constituants de la dot lors du mariage reçoivent une exécution franche et sincère. Mais ce n'est pas à dire que le pacte matrimonial doive être nécessairement exécuté de la manière d'abord prévue. Le critérium de Rodière (1) dont nous avons parlé, s'applique ici. Tout acte qui apporte seulement un changement dans l'exécution d'une convention matrimoniale est permis ; les seuls actes interdits sont ceux qui altèrent ou modifient la convention elle-même.

« Le tissu des conventions matrimoniales, dit Rodière, consiste principalement en des échanges. Toutes les fois qu'au moyen d'une valeur promise dans une convention matrimoniale, on se procure par une autre convention une valeur équivalente, on défait moins la première qu'on ne l'exécute. La convention primitive n'est altérée que si la nouvelle n'en contient pas l'équivalent, et, pour ainsi parler, la contre-valeur. »

D'accord avec cette doctrine, la jurisprudence décide en principe que « si, aux termes de l'article 1395, les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage, on ne peut considérer comme (une contre-lettre ou) un changement à ces conventions un simple changement dans le mode de paiement de la dot promise » (1). Pour être valables, il faut et il suffit que ces changements aient pour base l'équivalence.

Ainsi le paiement de la dot entre les mains d'un créancier de l'époux doté (2) ou par un autre que le constituant sont autorisés (3).

(1) Rodière n. S. 1868. 1. 153.

(1) Cass. 22 juillet 1889. D. 90. 1. 425.

(2) Civ. 22 juillet 1889. D. 90. 1. 425 — Limoges 6 juillet 1901. D. 1903. 2. 261.

(3) Req. 29 mars 1904. D. 1905. 1. 138. S. 1905. 1. 396 et note.

La jurisprudence déclare valables (arg. art. 1406) les dations en paiement les plus variées qui sont l'espèce la plus fréquente de ce genre de conventions ; dation d'un immeuble (4) ou d'un capital (5) en paiement d'une dot stipulée sous forme de rente viagère ; dation d'un immeuble en paiement d'une dot promise en argent (6), conversion d'une rente en jouissance d'un immeuble (7), conversion d'une pension en prestation de logement et nourriture (8), souscription de billets à ordre remis en paiement d'une dot promise en argent (9) ; et même démission en faveur de son gendre d'un agent du gouvernement qui ne pouvait payer la dot promise en numéraire (10). Notons cependant que la libération d'un capital par une rente est interdite, en raison des risques que cette dation en paiement présenterait pour les époux (11).

§ 4. — CONVENTIONS INTERPRÉTATIVES.

PREUVE DU DOL, DE LA FRAUDE, DE LA SIMULATION ENTACHANT LE CONTRAT DE MARIAGE

Les conventions simplement interprétatives du contrat de mariage que les époux feraient, soit entre eux, soit avec les autres parties au contrat, sont valables.

Encore faut-il qu'elles ne constituent pas, sous prétexte d'interprétation, une véritable modification du pacte matrimonial. La Cour de Riom a, pour ce motif, déclaré nulle une prétendue convention interprétative qui n'était en fait que l'adjonction d'une sûreté nouvelle non prévue au contrat (1).

Les tribunaux ont en effet toujours le droit de contrôler si la soi-disant interprétation est bien conforme au véritable

(4) Civ. 14 novembre 1898. D. 99. 1. 40. S. 1900. 1. 15.

(5) Civ. 22 juillet 1889. D. 90. 1. 425 — Req. 6 décembre 1892. D. 93. 1. 219. S. 93. 1. 187.

(6) Civ. 8 décembre 1874. D. 75. 1. 33. S. 75. 1. 209.

(7) Aix 19 avril 1872. D. 73. 2. 239. S. 74. 2. 10.

(8) Req. 27 novembre 1900. D. 1901. 1. 100. S. 1901. 1. 119 — Rev. trim. 1902. p. 116.

(9) Limoges 6 juillet 1901. D. 1903. 2. 261.

(10) Req. 2 mars 1825. D. 1825. 1. 150.

(11) PLANIOL et RIPERT. *Tr. prat.* t. 8 par M. NAST, n° 58.

(1) Riom, 8 février 1893, D. 95. 2. 420.

sens de la clause obscure « en recherchant la commune intention des parties d'après les circonstances qui ont précédé, accompagné et suivi les conventions, et d'après l'exécution qu'elles ont reçues » (2).

L'article 1395 ne fait certainement pas échec à ce pouvoir qu'ont les tribunaux d'interpréter le contrat de mariage ainsi que les autres contrats, et suivant les mêmes règles (3). La Cour de Cassation l'a affirmé plus d'une fois en rejetant les pourvois formés contre les arrêts interprétant des clauses douteuses relatives à l'étendue de la dot (4), d'une obligation de remploi imposée au mari (5), d'une donation faite par contrat de mariage (6). « Attendu, disent ses arrêts, que le droit de déterminer le sens et la portée d'une stipulation dont les termes laissent place au doute appartient souverainement aux Cours chargées d'interpréter les contrats suivant l'intention des parties (7), que les contrats de mariage dont les clauses sont obscures, doivent être soumis aux mêmes règles d'interprétation que les autres contrats, et qu'il est nécessaire de combiner entre elles leurs diverses dispositions pour en fixer le sens (8). »

Le principe d'immutabilité ne s'oppose pas non plus à ce que la preuve soit rapportée que les conventions matrimoniales sont simulées. Il ne saurait faire obstacle au rétablissement d'une situation existant lors de l'union des époux (9). Ainsi on peut établir que l'apport de l'un des époux était fictif (10).

L'article 1395 étant hors de cause, on applique ici les principes ordinaires. Les parties doivent s'appuyer sur un com-

(2) Cass., 13 novembre 1854, D. 55. 1. 7.

(3) Req., 19 novembre 1890, D. 91. 1. 473; — Req., 27 mars 1893, D. 93. 1. 311; — Civ., 21 février 1894, D. 94. 1. 294; — Req., 18 octobre 1898, D. 98. 1. 568.

(4) Req., 27 mars 1893, D. 93. 1. 311.

(5) Civ., 21 février 1894, D. 94. 1. 294; — Req., 18 octobre 1898, D. 98. 1. 568.

(6) Req., 19 novembre 1890, D. 91. 1. 473.

(7) Req., 27 mars 1893, D. 93. 1. 311.

(8) Req., 18 octobre 1898, D. 98. 1. 568.

(9) JOSSERAND, *Rev. trim.*, 1907, p. 597.

(10) Req., 11 mars 1890, D. 93. 1. 369; — Paris, 15 novembre 1892, D. 93. 2. 291.

mencement de preuve par écrit pour établir la simulation. Les tiers au contraire sont recevables à prouver par tous moyens que certaines clauses — en pratique celles de reconnaissances d'apports ou de quittances de dot — sont simulées (11).

La clause fréquente aux termes de laquelle « la célébration du mariage vaudra quittance de la dot » n'emporte pas, en effet, la preuve absolue du paiement de la dot ; elle n'est autre chose qu'une stipulation attribuant à l'événement prochain du mariage la force d'une présomption libératoire, présomption qui est de nature à céder devant la preuve contraire, sans qu'un commencement de preuve par écrit puisse être exigé (12).

Le principe d'immutabilité ne fait pas obstacle à ce que les tiers établissent que les conventions matrimoniales sont entachées de dol ou de fraude (13). Cependant, si l'action paulienne s'applique normalement aux donations entre époux, on sait que, en ce qui concerne les constitutions de dot, la jurisprudence ne la déclare recevable qu'à des conditions spéciales (14).

(11) Req., 11 mars 1890, D. 93. 1. 369; — Paris, 15 novembre 1892, D. 93. 2. 291; — Alger, 13 mai 1894, D. 96. 2. 27.

(12) Req., 22 août 1882, D. 83. 1. 296, — S. 83. 1. 25; — Req., 7 mai 1884, D. 84. 1. 285, — S. 85. 1. 28; — Req., 5 décembre 1893, D. 94. 1. 48; — Req., 21 octobre 1913, S. 1914. 1. 390; — Civ., 2 mars 1914, D. 1917. 1. 187; — *Contra*, Caen, 3 mai 1845, D. 52. 2. 105; — Dijon, 5 mai 1862, D. 62. 2. 174, — S. 63. 2. 34.

(13) Req., 2 mars 1852, D. 52. 1. 268, — S. 52. 1. 262; — Req., 2 mars 1904, D. 1904. 1. 615, — S. 1904. 1. 260; — BARTIN sur AUBRY et RAU, t. VII, § 503 bis, texte et note 29; — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 95; — GUILLOUARD, I, n°s 247, 293, 326 à 328; — PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. 8 par M. NAST, n° 59.

(14) V. notamment Civ., 18 décembre 1895, D. 98. 1. 193, n. SARRUT, S. 96. 1. 172.

CHAPITRE II

PORTÉE D'APPLICATION DU PRINCIPE D'IMMUTABILITÉ QUANT AUX PERSONNES

Le principe de l'immutabilité du régime matrimonial lie les époux dans la mesure que nous avons déterminée.

Il lie les autres parties au contrat d'une façon plus restreinte évidemment que les époux, et seulement en ce qui concerne les conventions auxquelles elles ont participé, c'est-à-dire presque toujours les libéralités. Dans ces limites, nous savons quels actes leur interdit l'article 1395.

Quant aux tiers, il est certain que le principe d'immutabilité ne produit pas d'effet contre eux ; les conventions des époux ne les lient pas (1) ; nous avons eu déjà l'occasion de le dire.

En faisant une donation aux époux au cours du mariage, ils peuvent donc stipuler que le bien donné sera soustrait aux règles normales du régime adopté. En voici quelques exemples. Si les conjoints sont mariés sous le régime de la communauté, l'article 1401 - 1° *in fine* permet aux tiers qui leur donnent ou leur lèguent des biens mobiliers, conformément à la tradition (2), de stipuler que ces biens n'entreront pas en

(1) AUBRY et RAU, 5^e éd., t. VII, § 503 *bis* ; — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 116 ; — PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. 8 par M. NAST, n° 59 ; — COLIN et CAPITANT, III, p. 34 ; — JOSSERAND, III, n° 240.

(2) POTHIER, *Communauté*, n° 102.

communauté. Il y a là une dérogation à l'article 1395, car les époux ne devraient pas pouvoir accepter une telle libéralité, mais le motif de la disposition apparaît sans difficulté ; le donateur ou le testateur, étant libre de ne pas faire la libéralité, doit pouvoir y insérer la clause d'exclusion de communauté ; sinon, il ne la fera pas, et la communauté sera alors elle-même lésée, puisqu'elle aurait eu la jouissance des biens transmis (art. 1401 - 2°). La clause d'exclusion serait d'ailleurs valable même s'il était stipulé que la jouissance des biens sera propre, elle aussi, à l'époux donataire (3) ou que la femme aura le droit de percevoir sur ses seules quittances les revenus des biens donnés (4).

Il n'est pas nécessaire que l'exclusion soit expresse ; elle peut être tacite, et résulter de l'ensemble de l'acte ou de la nature de l'objet de la libéralité (5), par exemple, d'une clause d'incessibilité (6) ou du caractère alimentaire d'une rente viagère donnée ou léguée (7). Il appartient aux tribunaux d'apprécier souverainement à cet égard la volonté du disposant (8). Mais il faut que l'intention, expresse ou tacite, soit manifestée au moment même où la libéralité produit effet ; sinon le bien entre en communauté, et la clause d'exclusion tardive est inopérante (9).

On admet en général que la validité de la clause d'exclusion est cependant limitée à la quotité disponible ; la clause est

(3) RODIÈRE et PONT, I, n° 594 ; — TROPLONG, I, n° 68 ; — LAURENT, XXI, n° 123 ; — GUILLOUARD, I, n° 402 ; — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 465 ; — AUBRY et RAU, 5^e éd., t. VIII, § 507, texte et note 21 ; — PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. 8 par M. NAST, n° 180 ; — AMIAUD, III, n° 906.

(4) Req., 9 mai 1842, S. 42. 1. 513 ; — Paris, 5 mars 1846, D. 46. 2. 29, — S. 46. 2. 149.

(5) Req., 10 novembre 1879, D. 80. 1. 175, — S. 80. 1. 337, n. LABBÉ ; — Req., 19 avril 1904, D. 1905. 1. 78, — S. 1905. 1. 181 ; — RODIÈRE et PONT, I, n° 544 ; — HUC, IX, n° 92 ; — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 466 ; — AUBRY et RAU, t. VIII, § 507, texte et note 19 quinquies ; — COLIN et CAPITANT, III, p. 70.

(6) Req., 19 avril 1904, D. 1905. 1. 78, — S. 1905. 1. 181.

(7) Req., 30 avril 1862, D. 62. 1. 523, — S. 62. 1. 1036.

(8) Req., 19 avril 1904, D. 1905. 1. 78, — S. 1905. 1. 181 ; — Req., 27 octobre 1909, D. 1910. 1. 168.

(9) Limoges, 10 octobre 1923, *Journ. des notaires*, 1924, p. 740.

nulle en tant que les biens donnés ou légués font partie de la réserve héréditaire de l'époux gratifié (10). Les arrêts (11) en donnent pour motif que le disposant « ne peut subordonner à une condition une acquisition qui s'opère en vertu de la loi ». La vraie raison est que la communauté a acquis légitimement des droits sur les successions mobilières à échoir aux époux. Elle doit être considérée comme cessionnaire des droits des époux, en sorte que le donateur ne peut la priver des biens attribués à ceux-ci en qualité de réservataires sans porter atteinte aux conséquences éventuelles des conventions matrimoniales.

Selon M. Josserand, ces considérations ne seraient pas pleinement satisfaisantes ; la réserve est établie dans l'intérêt du réservataire, or, la clause d'exclusion, bien loin de restreindre les droits de celui-ci, les développe au contraire ; d'autre part, tout le monde s'accorde à reconnaître qu'elle est valable sans limite lorsqu'elle figure dans le contrat de mariage (12). Mais nous ne croyons pas que ces arguments puissent prévaloir contre la raison tirée de l'immutabilité du régime.

A l'inverse, les tiers peuvent, aux termes de l'article 1405, stipuler que les biens donnés ou légués entreront en communauté, même s'ils sont propres en vertu de la loi ou du contrat de mariage. La volonté du disposant peut même être tacite (13). On ne pourrait cependant pas porter atteinte aux droits de l'époux donataire en tant qu'héritier du disposant. La disposition de l'article 1405, ainsi que celle de l'article 1401 - 1° *in fine*, est une dérogation au principe d'immutabilité et elle a pour but de ne pas retirer aux ménages le bénéfice de libéralités qui leur sont toujours favorables, quelles que soient les conditions imposées.

Si les époux sont mariés sous le régime dotal les tiers peuvent stipuler que les biens transmis à titre gratuit seront para-

(10) Civ., 6 mai 1885, D. 85. 1. 289, n. LABBÉ; — LAURENT, XXI, n° 277; — HUC, IX, n° 92; — GUILLOUARD, I, n° 403; — AUBRY et RAU, t. VIII, § 507, texte et note 20; — BAUDRY-LACANTINIERE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 464; — PLANIGL, RIPERT et NAST, t. 8, n° 182; — AMIAUD, III, n° 846.

(11) Civ., 6 mai 1885, D. 85. 1. 369, — S. 85. 1. 289, n. LABBÉ.

(12) JOSSERAND, III, n° 39.

(13) Req., 27 avril 1859, D. 59. 1. 508, — S. 60. 1. 251.

phernaux et non dotaux (14) du moins toujours dans les limites de la quotité disponible (15). Mais l'article 1543 s'oppose, on le sait, à la validité de la clause inverse suivant laquelle un bien donné ou légué sera dotal et non paraphernal (16). Cette disposition est étrangère au principe d'immutabilité, et nous avons eu l'occasion de dire que, dans la mesure où la clause de dotalité ne heurte pas l'interdiction d'étendre l'inaliénabilité dotale, elle peut recevoir exécution, c'est-à-dire que les biens seront aliénables comme s'ils étaient paraphernaux, mais que le mari, suivant la volonté du disposant, en aura la jouissance comme s'ils étaient dotaux.

(14) Req., 16 mars 1846, D. 46. 1. 368, — S. 47. 1. 157; — HUC, IX, n° 429; — GUILLOUARD, IV, n° 1737; — AUBRY et RAU, 5^e éd., t. VIII, § 534, texte et note 19; — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, III, n° 1577; — PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. 9 par M. NAST, n° 1074; — COLIN et CAPITANT, III, p. 270; — JOSSERAND, III, n° 558; — CONTRA, RODIÈRE et PONT, III, n° 1679.

(15) AUBRY et RAU, 5^e éd., t. VIII, § 534, texte et note 18; — GUILLOUARD, IV, n° 1737; — COLIN et CAPITANT, III, p. 270.

(16) Civ., 23 janvier 1900, D. 1900. 1. 535; — Paris, 20 octobre 1890, D. 91. 2. 359; — LAURENT, XXIII, n° 467; — HUC, IX, n° 427; — RODIÈRE et PONT, III, n° 1678; — GUILLOUARD, IV, n° 1730; — AUBRY et RAU, 5^e éd., t. VIII, § 534, texte et note 13; — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, III, n° 1574; — PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. 9 par M. NAST, n° 1069; — COLIN et CAPITANT, III, p. 271; — JOSSERAND, III, n° 555.

CHAPITRE III

PORTÉE D'APPLICATION DU PRINCIPE D'IMMUTABILITÉ QUANT AU TEMPS

Le principe de l'immutabilité du régime matrimonial ne s'applique que pendant la durée de l'union conjugale. Avant la célébration du mariage, il n'a pas de raison d'être ; après la dissolution, il devient sans objet.

§ I. — PÉRIODE ANTÉRIEURE A LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE CONTRE-LETTRES

Tant que le mariage n'existe pas, le contrat de mariage, s'il a été rédigé, ne produit pas d'effet, il n'est qu'un projet. Il est possible, si cela apparaît nécessaire, de le rectifier ou de le compléter.

Le Code civil autorise ces changements, qu'il appelle contre-lettres, en détournant cette expression de son sens habituel ; mais il subordonne leur validité et leur opposabilité aux tiers à des conditions très strictes (art. 1396 et 1397), qu'il suffit d'indiquer ici succinctement.

Pour être valables entre les parties, les contre-lettres doivent être rédigées, comme le contrat, en la forme authentique et du consentement *simultané* de toutes les personnes qui ont été *parties* au contrat (art. 1396).

Pour être opposables aux tiers (1), elles doivent en outre être rédigées à la suite du contrat de mariage, faire corps avec lui, et être transcrites dans les expéditions délivrées aux tiers (art. 1397).

Sont seuls soumis à ces conditions les actes qui apportent de véritables changements aux conventions matrimoniales, c'est-à-dire justement ceux qui seraient nuls par application de l'article 1395 s'ils intervenaient après la célébration du mariage. Par contre, ceux que le principe d'immutabilité n'interdirait pas alors, par exemple, les actes interprétatifs, les modifications au mode de paiement de la dot (2), peuvent avoir lieu entre la signature du contrat et la célébration du mariage sans que les formalités des contre-lettres soient observées.

De même, si les futurs époux abandonnaient complètement le projet primitif et passaient un nouveau contrat, les articles 1396 et 1397 ne s'appliqueraient pas, mais les fiancés seraient censés renoncer aux donations à eux faites par des tiers dans le premier contrat, à moins bien entendu que les donateurs ne soient parties au second (3).

Quant aux conventions nouvelles qui n'ont aucun lien avec le pacte primitif, il n'y a pas lieu non plus d'observer pour elles les formalités prescrites. S'il s'agit, par exemple, pour les époux de recevoir une libéralité nouvelle, un complément de dot, ils peuvent en être gratifiés par un autre contrat chez un autre notaire.

Toutefois, on considère traditionnellement comme une contre-lettre la donation nouvelle faite par l'un des futurs époux

(1) Par tiers, il faut entendre ici toutes personnes qui, par suite des conventions matrimoniales, ont, sur les biens des époux, des droits à exercer que le maintien de la contre-lettre aurait pour effet d'anéantir ou de restreindre : tiers acquéreurs, cessionnaires de créances, créanciers chirographaires.

AUBRY et RAU, 5^e éd., t. VII, § 503 *bis*; — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n^o 139; — PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. 8 par M. NAST, n^o 64, note 1; — COLIN et CAPITANT, III, p. 22; — JOSSERAND, III, n^o 432 et suiv.

(2) Req., 6 décembre 1892, D. 93. 1. 219, — S. 93. 1. 187; — Req., 14 novembre 1898, D. 99. 1. 40, — S. 1900. 1. 15.

(3) Req., 30 avril 1843, D., J. g., V^o Contrat de mariage, n^o 430.

à l'autre (4). Ceux-ci sont censés s'être donné par leur contrat tout ce qui devait l'être, et il importe de les protéger contre leurs propres entraînements. Après le mariage, ils seront libres de se consentir des donations, mais elles seront essentiellement révocables, tandis qu'avant la célébration du mariage, des libéralités irrévocables modifieraient sensiblement la situation réciproque des futurs époux. Ces donations pourront donc être consenties, mais à condition d'observer les formalités des articles 1396 et 1397.

§ 2. — PÉRIODE POSTÉRIEURE A LA DISSOLUTION DU MARIAGE MODIFICATION TESTAMENTAIRE

Il semble qu'à la dissolution du mariage, le principe d'immutabilité perde sa raison d'être et doive cesser de s'appliquer.

C'est ainsi, avons-nous vu, que, sous réserve des droits acquis par les tiers, les époux divorcés ou le conjoint survivant et les héritiers du prédécédé peuvent modifier les bases de liquidation du régime matrimonial. Auteurs et tribunaux sont d'accord sur ce point.

Mais une question plus délicate se pose : le principe d'immutabilité s'oppose-t-il à ce qu'une modification soit apportée au pacte matrimonial par voie de disposition testamentaire ?

La très grande majorité de la doctrine considère que les dérogations testamentaires sont valables (1). Le principe d'immutabilité ne peut faire obstacle à l'efficacité du testament. Les deux actes : contrat de mariage et testament, régissent des périodes de temps qui ne coïncident pas, même un instant.

(4) POTHIER, *Communauté*, Introd., n° 1. — AUBRY et RAU, 5^e éd., t. VII, § 503 bis, texte et note 42; — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 124; — PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. 8 par M. NAST, n° 65; COLIN et CAPITANT, III, p. 22; — JOSSERAND, III, n° 436; — CONTRA, TOULIER, XII, n° 58; — Civ., 31 janvier 1837, S. 37. 1. 533.

(1) AUBRY et RAU, 5^e éd., t. VII, § 503 bis; — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n°s 101 et 116; — PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. 8 par M. NAST, n° 54; — COLIN et CAPITANT, III, p. 32; — JOSSERAND, III, n° 444; — CHARMONT, *Rev. crit.*, 1893, p. 78; — SAVATIER, *Portée et valeur du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales*, *Rev. trim.*, 1921, p. 103; — PLANIOL, n., D. 1905. 2. 1; — FRÉJAVILLE, n., D. 1936. 1. 129.

Au surplus, les époux ont, malgré l'article 1395, le droit incontesté de disposer de leurs biens, par conséquent d'en disposer par un acte de dernière volonté ; ceci, loin d'être un changement au pacte familial, en est au contraire l'exécution. Il est évident, toutefois, qu'il ne peut être porté atteinte aux droits acquis soit par le conjoint, soit par des tiers, héritiers réservataires ou créanciers. Mais, sous cette seule réserve, chaque époux demeure libre de déroger par testament aux conventions matrimoniales ; il peut, par exemple, modifier les conditions de liquidation du régime, renoncer à une donation ou à un avantage, élargir une libéralité faite à son conjoint.

Il est certain, répondent au contraire les quelques auteurs partisans de la nullité des modifications testamentaires (2), que le principe d'immutabilité régit les biens des époux non seulement *constante matrimonio*, mais encore à la dissolution du régime, en ce sens du moins que les biens doivent recevoir exactement l'attribution qui leur est impartie par la charte pécuniaire du ménage.

Les termes de l'article 1395 sont aussi absolus que possible ; il n'y a aucune distinction entre les changements qui produisent leur effet durant le mariage et ceux qui le réalisent seulement après la dissolution.

Les motifs du principe d'immutabilité, ainsi que le texte du Code, s'opposent aux uns comme aux autres, notamment la crainte d'un abus d'influence de l'un des époux et l'intérêt des enfants.

Sans doute, l'article 1395 est plus rarement applicable aux dispositions de dernière volonté, car les conventions matrimoniales ont produit presque tout leur effet lorsque le testament est exécuté. Mais, dans la mesure où le contrat de mariage doit encore recevoir son application, c'est-à-dire en ce qui concerne la liquidation du régime, le partage des biens, l'exécution des libéralités, le testament ne peut déroger aux conventions matrimoniales. Les modifications testamentaires, quelles qu'elles soient, sont interdites.

La première opinion nous paraît de beaucoup préférable.

(2) HUC, IX, n° 35 ; — TISSIER, n., S. 93. 2. 217 ; — BINET, n., D. 1908. 1. 41 ; — JOSSERAND, *Rev. trim.*, 1906, p. 394.

Nous croyons fermement que le principe d'immutabilité n'interdit pas une modification aux conventions matrimoniales dont l'effet se produit seulement lorsque le mariage est dissous, et qui, d'autre part, ne prive ni l'un des conjoints ni aucun tiers des droits que leur confère le contrat de mariage. Le caractère absolu des termes de l'article 1395 n'est pas un argument suffisant. Quant aux motifs traditionnels du principe d'immutabilité, il ne nous apparaît pas qu'ils s'opposent, ainsi qu'on le prétend, aux dérogations testamentaires, dès lors que les droits acquis aux conjoints, aux enfants et aux tiers, que l'article 1395 est destiné à protéger, ne sont pas lésés. Il restera à définir ce qu'il convient d'entendre par « droits acquis », car tel est le sujet profond de la controverse entre les auteurs et les tribunaux.

Que décide la jurisprudence ? Elle annule à bon droit les modifications qui ont pour résultat de diminuer les droits que le conjoint survivant tient du pacte matrimonial. La décision la plus récente en ce sens est relative au testament de Saint-Saëns ; c'est un arrêt de la Cour de Paris du 8 janvier 1926 (3).

Les époux Saint-Saëns étaient mariés sous le régime de la communauté d'acquêts. Saint-Saëns s'était réservé à titre de propre la valeur de ses compositions musicales. Il était stipulé au contrat : « Lors de la dissolution de la communauté, le futur époux ou ses représentants reprendront la propriété artistique des compositions musicales existant actuellement ou de celles qu'il pourrait faire par la suite. Toutefois, dans le cas où la future épouse survivrait, la présente clause ne ferait pas obstacle à l'exercice des droits résultant en sa faveur des lois qui régissent la propriété artistique ».

Saint-Saëns mourut le 16 décembre 1921. Il était séparé en fait de sa femme depuis 40 ans. Par un testament du 9 août 1911, il avait institué une cousine légataire universelle, indiquant expressément qu'il entendait ainsi détruire le bénéfice éventuel qui pouvait résulter pour sa femme de la loi du 9 mars 1891 et de l'article 767.

(3) Paris, 8 janvier 1926, D. 1927. 2. 39, n. NAST. — Dans le même sens : Req., 27 mai 1817, D., J. g., V° Contrat de mariage, n° 344.

Sa femme soutint que, malgré ce testament, un droit d'usufruit général devait lui être attribué sur les œuvres du compositeur. La légataire universelle prétendit naturellement que, Saint-Saëns ayant exhéredé sa femme, celle-ci était privée des droits résultant de l'application de la loi du 14 juillet 1866. La Cour de Paris rendit l'arrêt suivant : « Considérant que la disposition du contrat de mariage qui attribue à la femme survivante le bénéfice de l'usufruit général sur les produits d'œuvres littéraires et artistiques du mari lui confère un gain de survie qui participe du caractère irrévocable des conventions matrimoniales, qu'un acte ultérieur de volonté ne peut y porter atteinte et qu'ainsi est devenue entière au profit de la veuve Saint-Saëns l'application de l'article 1^{er} de la loi du 14 juillet 1866 qui, s'il exclut la jouissance du conjoint survivant à l'égard des droits dont l'auteur prédécédé aurait disposé par acte entre vifs ou par testament n'a certainement envisagé que le cas où la disposition à titre gratuit aurait été valablement consentie ». On ne peut qu'approuver cette décision : le contrat de mariage conférait incontestablement à la femme survivante un droit irrévocable.

Rappelons, toutefois, que la révocation par disposition testamentaire d'un avantage résultant du pacte matrimonial pourrait être, le cas échéant, interprétée comme une charge imposée à l'époux légataire de renoncer à son gain de survie (4).

Quant à la validité des dispositions de dernière volonté dérogeant au pacte matrimonial en faveur de l'époux survivant, la jurisprudence paraît en évolution, et nous ne croyons malheureusement pas que ses solutions les plus récentes soient les meilleures. Il faut distinguer suivant que le conjoint prédécédé laisse ou non des héritiers réservataires.

Les tribunaux validaient sans difficulté jusqu'à ces dernières années, les modifications testamentaires faites à l'avantage de l'époux survivant, lorsque le prémourant ne laissait pas de descendants.

Un ancien arrêt de la Cour de Montpellier du 7 août 1850 (5) a décidé ainsi qu'une femme avait pu valablement léguer sa

(4) V. Cass., 19 décembre 1894, D. 1895. 1. 258.

(5) Montpellier, 7 août 1850, S. 1852. 1. 262 (en note), P. 1853. 1. 361.

dot à son mari pour décharger celui-ci de l'obligation de la restituer.

La Cour de Besançon s'est prononcée dans le même sens par un arrêt du 6 janvier 1906 (6). L'espèce qui lui était déférée était la suivante. Une femme était débitrice de son mari d'une somme de quatre mille francs avant le mariage. Les époux étant, en l'absence du contrat, mariés sous le régime de communauté légale, la dette s'était trouvée éteinte par confusion. Par testament, la femme légua à son mari une somme de quatre mille francs pour lui éviter toute difficulté et — suivant l'expression même de la testatrice — « éteindre la dette antérieure au mariage ». Les héritiers non réservataires de l'épouse prédécédée soutinrent que, la reconnaissance de dette et le legs ne pouvant être séparés, celui-ci devait être annulé ; il avait une cause illicite, le principe d'immutabilité s'opposant à ce qu'on puisse faire revivre une dette éteinte irrévocablement. La Cour de Besançon décida que le legs était valable. « Attendu que l'article 1395 ne s'applique pas à une disposition testamentaire qui ne porte aucune atteinte à un droit acquis ; que le testament ne doit produire effet qu'au décès de la testatrice, c'est-à-dire à une époque où le mariage est dissous ; que la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales doit être entendue en ce sens que la seule restriction apportée au droit de tester de la dame G... est que cette dernière ne pouvait priver son mari, les tiers et tous ceux ayant acquis des droits par le contrat de mariage, des droits que leur conférait ce contrat ; Attendu que ce n'est pas le cas en l'espèce, les héritières naturelles, mais non réservataires, de la femme n'ayant aucun droit à l'extinction de la dette par confusion. »

Ces décisions sont justifiées. Il n'y a pas lieu, répétons-le, de prohiber une dérogation au pacte matrimonial dont l'effet se produit lorsque ce pacte a cessé d'être obligatoire, et qui — tout au moins en l'absence de créancier — ne blesse aucun droit acquis.

Cependant, un arrêt récent de la Cour de Colmar, du 9 décembre 1936 (7), a déclaré nulle par application de l'article

(6) Besançon, 6 janvier 1906, S. 1906. 2. 131, D. 1907. 2. 347.

(7) Colmar, 9 décembre 1936, G. P. (J. Q.), 22 février 1937.

1395 une modification testamentaire, en l'absence de tout héritier réservataire. Cette décision est un exemple frappant de la nouvelle tendance des tribunaux à appliquer avec rigueur le principe d'immutabilité aux dispositions de dernière volonté.

Adoptant le régime de communauté à titre universel, deux époux avaient inséré dans leur contrat la clause suivante : « Au cas de prédécès de l'épouse, s'il n'y a pas d'enfants légitimes, la totalité des biens communs, meubles et immeubles, appartiendra en pleine propriété au mari survivant, à l'exclusion de la maison d'O..., qui appartiendra aux héritiers légitimes contre versement de quinze mille francs à la communauté, à payer au jour du remariage de l'époux survivant. Celui-ci aura, jusqu'à son remariage, l'usufruit de cette maison d'O... ». Il ne naquit pas d'enfants du mariage. Par testament authentique, la femme déclara donner et léguer en pleine propriété à son mari la totalité de son patrimoine mobilier et immobilier, *y compris* — et il faut citer ici les termes mêmes de la testatrice — « la maison d'habitation d'O..., m'appartenant, dont je me suis réservé le droit de disposer librement dans mon contrat de mariage ».

Les héritiers non réservataires de la femme prédécédée demandèrent l'annulation de cette disposition, qu'ils prétendirent contraire à l'immutabilité du régime matrimonial.

La Cour de Colmar a prononcé en effet la nullité du legs : « Attendu, dit-elle, que la règle d'ordre public de l'article 1395, qui ne comporte aucune restriction, doit continuer à jouer dans la mesure où le contrat de mariage est susceptible de produire effet après la dissolution du mariage, notamment en ce qui concerne la liquidation, le partage, les donations ; que, dès l'instant du décès de l'épouse B..., ses héritiers ont eu, en vertu du contrat de mariage, un droit acquis contre lequel ne saurait prévaloir une disposition testamentaire ne devant entrer en vigueur qu'à partir de ce même instant ; que toutes les raisons qui, traditionnellement, ont fait admettre en droit français la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales s'opposent, avec une force égale, à leur modification par voie de dispositions testamentaires aussi bien que par conventions entre vifs, que les dangers de l'influence d'un époux sur l'autre sont les mêmes... »

Aucun des motifs de l'arrêt ne nous paraît concluant. La Cour se fonde sur un prétendu droit acquis que le testament aurait violé. Mais comment peut-on faire découler de la clause litigieuse un droit personnel acquis par les héritiers de la femme ? Celle-ci, en indiquant que tel immeuble appartiendrait dans un cas déterminé à ses héritiers légitimes contre versement d'une indemnité a stipulé pour sa succession, et non pour ses héritiers. Elle n'a pas entendu s'imposer l'obligation — qui aurait été d'ailleurs illégale — de ne pas disposer, soit par acte entre vifs, soit par testament, de cet immeuble. Si l'on envisage la stipulation dont s'agit comme une donation, elle est nulle à défaut d'acceptation par les bénéficiaires avant le décès de la femme (art. 932). Il est impossible de la considérer comme une institution contractuelle ; elle n'est faite ni au profit des futurs époux ni à celui des enfants à naître (art. 1082). Si on la regarde comme une stipulation pour autrui, enfin, elle est révoquée par le testament. Nous croyons donc que l'arrêt invoque à tort un droit acquis aux héritiers de la femme et faisant échec à sa faculté de disposer de l'immeuble.

Un très ancien arrêt de la Cour de Cassation, du 9 juillet 1806 (8) avait, dans une affaire analogue, décidé que la modification testamentaire n'était pas contraire au principe d'immutabilité. « Dans le cas de non-enfants », était-il dit au contrat, « les futurs conjoints déclarent se faire réciproquement donation absolue de tous les biens disponibles, généralement quelconques, qu'ils délaissent, laquelle donation deviendra cependant sans effet pourvu que les héritiers de la cote et ligne du prémourant s'obligent, dans l'année du trépas, à payer au survivant une pension annuelle de mille cinq cents florins. » Le mari, par la suite, institua sa femme légataire de la totalité de ses biens et déclara révoquer la clause du contrat relative à la faculté accordée à ses héritiers de priver la femme de cette libéralité moyennant le paiement d'une pension. Les héritiers du mari demandèrent la nullité du testament. « Attendu, décida la Cour de Cassation, que les conventions faites pour le cas de non-enfants au profit de collatéraux non présents à la stipulation et sans acceptation de leur part ne sont

(8) Cass., 9 juillet 1806, S. 1806. 1. 350.

que de simples dispositions *ab intestat* auxquelles les époux peuvent déroger par des actes ultérieurs »...

Il nous semble évident que cette décision de la Cour suprême est nettement plus juridique que celle de la Cour de Colmar. Et il est curieux que, aujourd'hui où le principe d'immutabilité est si vivement attaqué, la jurisprudence l'applique avec plus de rigueur que n'en montrait la Cour de Cassation voici plus d'un siècle, à une époque où nul ne songeait à contester la légitimité et les bienfaits de l'article 1395.

En dehors du motif tiré de l'existence d'un droit acquis au profit des héritiers de la femme, et dont nous croyons avoir montré qu'il n'était pas fondé, la Cour de Colmar invoque les raisons traditionnelles du principe d'immutabilité et notamment la crainte d'un abus d'influence de l'un des époux.

Mais le testament est un acte essentiellement révocable, et, quelle que soit la pression exercée sur lui, chaque conjoint conserve une liberté absolue dans la rédaction de ses dispositions de dernière volonté. L'intérêt des enfants n'est pas ici en jeu, ni celui des créanciers. Nous persistons à croire que les raisons d'être traditionnelles de l'article 1395 ne s'opposent nullement à la validité d'une modification testamentaire en faveur du conjoint survivant lorsque le prémourant ne laisse pas de descendants, et qu'il n'y a pas de créanciers.

Lorsqu'il existe des enfants communs, on trouve en jurisprudence un arrêt de la Cour de Rouen du 15 décembre 1891 (9), qui déclare nulle à l'égard de ces descendants la disposition testamentaire modifiant le pacte matrimonial à l'avantage du conjoint survivant. Dans l'espèce, le testateur avait supprimé une condition de non-convol adjointe à une libéralité faite par contrat de mariage.

Il est manifeste que, si la modification testamentaire porte atteinte à la réserve des enfants, elle est nulle. Mais l'arrêt de la Cour de Rouen va beaucoup plus loin. Il admet que les enfants issus du mariage ont un droit acquis, *et indépendant de leur réserve*, à l'application des conventions matrimoniales de leurs parents. Il a été vivement critiqué (10).

(9) Rouen, 15 décembre 1891, D. 92. 2. 437, — S. 93. 2. 217.

(10) CHARMONT, *Rev. crit.*, 1893, p. 78; — BARTIN sur AUBRY et RAU, t. VII, § 503 bis, n. 28 bis; — BAUDRY-LACANTINIERE, LE COURTOIS et SUR-

L'institution contractuelle consentie par l'un des époux en faveur de l'autre n'est pas faite au profit des enfants à naître du mariage (art. 1093 (11)) ; elle ne crée donc directement aucun droit au profit de ces derniers, qui dès lors, n'ont pas qualité pour s'en prévaloir.

Sans doute, les droits des enfants sont déterminés par la combinaison des stipulations du contrat de mariage avec les règles de dévolution héréditaire. A cet égard, tout changement apporté par un testament au pacte matrimonial est de nature à modifier la masse successorale sur laquelle se calcule la réserve des enfants, et, sous cette forme indirecte, à porter atteinte à cette réserve. Mais nous inclinons à penser, avec M. Fréjaville (12), que l'objection n'est pas décisive. Rien n'empêche en effet de calculer, en tenant compte de leur incidence sur la liquidation, les conséquences pécuniaires de la disposition testamentaire ; si celle-ci entraîne pour le conjoint survivant un avantage — direct ou indirect — dépassant le montant de la quotité disponible, les enfants pourront en demander la réduction. Ils ont droit à leur réserve. Mais lorsque cette réserve n'est pas atteinte, les enfants n'ont pas le droit de demander l'annulation du testament pour la seule raison que celui-ci déroge aux clauses du contrat de mariage.

Le principe d'immutabilité se justifiant en partie par l'intérêt des enfants, ceux-ci ont, objecte-t-on encore, un droit acquis au maintien du pacte matrimonial. Il est exact en effet, croyons-nous, et bien qu'on en ait douté (13), que la protection des droits des enfants demeure une raison d'être de l'article 1395. Mais tous les droits des enfants nous paraissent respectés dès lors que leur réserve est calculée sur les éléments du patrimoine familial déterminé par les conventions matrimoniales de leurs parents et que la modification testamentaire, valable à titre de libéralité, ne peut produire effet que dans les limites de la quotité disponible.

VILLE, I, n° 116 ; — COLIN et CAPITANT, III, p. 32 ; — SAVATIER, *Portée et valeur du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales*, *Rev. trim.*, 1921, p. 104.

(11) COLIN et CAPITANT, III, p. 32.

(12) FRÉJAVILLE, n., D. 1936. I. 130 (col. 2).

(13) FRÉJAVILLE, n., D. 1936. I. 130 (col. 1 *in fine* et 2).

Il reste l'hypothèse où l'époux testateur laisse des enfants d'un premier lit.

Un arrêt de la Chambre des requêtes du 17 avril 1907 a validé en pareil cas un legs accordant une faculté d'option (14). Un veuf ayant un enfant d'un premier mariage avait épousé une femme sans fortune. En l'absence de contrat, les époux étaient mariés sous le régime de la communauté légale. Par testament, le mari légua à sa femme la pleine propriété de tout ce dont la loi lui permettait de disposer, en lui laissant, pour l'exécution de ce legs, le choix des biens à prendre dans sa succession. Au décès du mari, la femme accepta la communauté. Le legs devenait inutile, l'avantage retiré de l'adoption de la communauté devant, en présence d'un enfant du premier lit, être considéré comme une libéralité et absorbant largement de toute évidence la quotité disponible spéciale (art. 1496 et 1498). Mais la femme prétendit se prévaloir du testament pour choisir les biens lui revenant dans le partage de la masse commune.

La Cour décida que cette faculté d'option n'était pas contraire à l'article 1395, car elle ne modifiait pas les règles de la communauté légale ; la femme ne prenait pas au-delà de sa part, et elle contribuait aux dettes.

Mais, suivant la nouvelle orientation de la jurisprudence, un arrêt de la Cour de Paris du 22 février 1930 (15), confirmé par la Chambre civile le 28 décembre 1935 (16), a annulé une modification testamentaire apportée à son contrat de mariage par un conjoint ayant des enfants d'une première union. En fait, le de cujus, lors de son second mariage, s'était réservé en propre un fonds de commerce ; par un codicille adjoint à son testament, il avait ensuite déclaré qu'il entendait que ce fonds de commerce fût considéré comme faisant partie de la communauté lors de la liquidation. Il avait spécifié formellement qu'il entendait détruire la clause du contrat lui réservant ce fonds à titre de propre. »

Il est fort probable que, dans la pensée du testateur, cette

(14) Req., 17 avril 1907, D. 1908. 1. 41, n. BINET, — S. 1913. 1. 203.

(15) Paris, 22 février 1930, — S. 1930. 2. 100.

(16) Cass. Civ., 28 décembre 1935, D. 1936. 1. 129, n. FRÉJAVILLE.

disposition équivalait à un legs de la moitié du fonds de commerce au profit de sa seconde femme.

Si la Cour de Paris l'avait ainsi interprétée, il n'est pas douteux qu'elle en eût admis la validité. La Chambre civile le reconnaît implicitement en déclarant qu'il résulte de l'arrêt attaqué que « le de cujus n'a pas entendu léguer à sa seconde femme les biens à lui propres énumérés dans le testament. »

Mais la Cour de Paris a cru devoir interpréter le codicille litigieux en ce sens que « le testateur avait voulu donner rétroactivement à ces biens propres la qualité de biens de communauté, de façon que sa femme en recueille, lors du partage, une moitié à titre de co-propriétaire. » On ne voit pas à quoi pouvait servir la rétroactivité, admise par l'arrêt, dans la pensée du testateur. Mais l'interprétation ne pouvait plus être critiquée devant la Chambre civile, la théorie de la « dénaturation » s'appliquant seulement aux clauses claires et précises, ce qui n'était certainement pas le cas. Il devenait dès lors manifeste que le codicille entraînait une modification aux conventions matrimoniales et portait à ce titre atteinte au principe d'immutabilité.

« Ainsi comprise, dit très justement l'arrêt de la Chambre civile, la disposition testamentaire avait pour but et aurait eu pour résultat de faire considérer comme en dehors de l'actif héréditaire une portion des biens dont le de cujus n'avait jamais disposé, ni à titre onéreux, ni à titre gratuit, et qui, à l'instant de son décès, faisaient par conséquent partie de son patrimoine avec le caractère de propres à eux imprimé par les clauses du pacte matrimonial, inéluctables, en tout cas, jusqu'à ce moment, inclus, de la dissolution du mariage ; ledit codicille portait, par là, atteinte aux droits des enfants en tant qu'il aurait empêché la formation de la masse successorale conformément aux règles légales combinées avec les stipulations du contrat de mariage du de cujus ».

La déduction est exacte. Mais l'intention attribuée au testateur par la Cour de Paris, loin d'être le point de départ d'un raisonnement auquel elle donne une base juridique, nous paraît un artifice destiné à justifier l'application rigoureuse du principe d'immutabilité à toutes les modifications testamentaires. La prétendue rétroactivité ne présente aucune utilité,

en dehors de celle-ci. Et nous croyons sentir, dans certaines expressions de la Chambre civile, une critique tacite de l'interprétation adoptée par la Cour de Paris. L'arrêt de cette Cour demeure un indice certain de la nouvelle tendance de la jurisprudence en ce qui concerne les modifications testamentaires.

Il n'est pas sans intérêt de rapprocher de ces décisions un arrêt de la Chambre des Requêtes du 27 janvier 1936 (17), qui a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt d'une Cour d'appel ayant adopté une toute autre interprétation d'une clause analogue. Un mari avait déclaré dans son testament « ne vouloir tenir aucun compte du régime dotal réglant les conditions de son union avec la dame F... et exprimé le désir « que celle-ci puisse toucher les intérêts lui appartenant comme si les époux étaient mariés sous le régime de communauté ». En fait, l'affaire se présentait dans les mêmes conditions que celle soumise à la Cour de Paris. Mais ici, la Cour d'appel décida que l'écrit contenait un legs valable dans les limites de la quotité disponible. Cette interprétation bienveillante, et qui a pour résultat, si nous l'analysons justement, de faire considérer comme des *libéralités* les modifications faites par voie de disposition testamentaire en faveur du conjoint survivant, nous paraît respecter tous les intérêts protégés par le principe d'immutabilité.

La Cour de Paris ne l'ayant pas adoptée, le résultat de la solution qu'elle a admise nous paraît assez choquant. La réserve des enfants du premier lit n'était pas atteinte. On peut admettre que les enfants communs aient un droit acquis et *indépendant de leur réserve* à l'intangibilité du pacte matrimonial ; nous l'avons contesté, sans que nos arguments soient assez décisifs pour emporter une conviction absolue. Mais il est étrange — et nous citons encore ici M. Fréjaville, dont l'opinion nous paraît devoir être adoptée sans réserve (18) — que les enfants d'un premier lit soient fondés à se prévaloir des conventions pécuniaires réglant une union dont ils ne sont pas issus. Ceci est d'autant plus étonnant que le contrat dressé lors du second mariage de leur auteur leur porte presque tou-

(17) Req., 27 janvier 1936, S. 1936. 1. 149.

(18) FRÉJAVILLE, n., D. 1936. 1. 130 (col. 2).

jours préjudice, si bien que le législateur a même dû prendre certaines précautions pour limiter le dommage qui pourrait leur être ainsi causé (art. 1496, 1527 et 1098).

Il est vrai que les droits des enfants du premier lit sont, ainsi que ceux des enfants communs, déterminés par la combinaison des règles légales de succession avec le pacte matrimonial de leur auteur, et qu'à cet égard, tout changement à ce pacte, en modifiant la formation de la masse successorale, est de nature à porter atteinte à leur réserve. Encore une fois, ici, comme en ce qui concerne les enfants communs, l'objection ne nous semble pas décisive. Rien n'empêche de calculer les conséquences pécuniaires de la modification testamentaire : si elle entraîne pour le conjoint survivant un avantage indirect dépassant le montant de la quotité disponible spéciale, les enfants du premier lit pourront en demander la réduction. Mais, si leur réserve n'est pas atteinte, ils n'ont pas le droit, croyons-nous, de demander l'annulation du testament matrimonial.

Les solutions récentes, qui nous paraissent imprimer à la jurisprudence une orientation nouvelle, exagèrent, nous semble-t-il, la portée du principe de l'immutabilité du régime matrimonial. L'article 1395 exige seulement que ni les conjoints ni les tiers — créanciers ou héritiers réservataires — ne puissent être privés des droits que leur confère le pacte matrimonial. Et nous croyons que les droits des enfants sont respectés si la modification aux règles de liquidation ou l'augmentation de la libéralité n'entraîne pas pour le conjoint survivant un avantage, indirect ou direct, dépassant le montant de la quotité disponible.

CHAPITRE IV

SANCTION DU PRINCIPE D'IMMUTABILITÉ

L'article 1395, qui interdit tout changement aux conventions matrimoniales après la célébration du mariage, ne prononce pas la nullité des modifications qu'il prohibe. Mais la nullité est la sanction naturelle de toute disposition prohibitive. Au surplus, les articles 1443 et 1451, qui appliquent le principe d'immutabilité aux séparations de biens volontaires et aux conventions de rétablissement de la communauté entre époux séparés judiciairement, édictent en termes exprès la nullité des modifications apportées dans ces cas particuliers au statut matrimonial.

Un seul auteur — Toullier (1) — a prétendu que, l'article 1395 ayant seulement pour but d'assurer la révocabilité des donations entre époux, les changements aux conventions matrimoniales sont valables sauf révocation. « Les esprits les plus éminents », dit Rodière (2) en critiquant cette opinion si contraire aux dispositions positives du Code, « sont ainsi sujets à des inadvertances — quandoque bonus dormitat Homerus !

On peut dire que l'unanimité de la doctrine (3) et la ju-

(1) TOULLIER, XII, n° 24 et suiv.

(2) RODIÈRE et PONT, I, n° 149.

(3) AUBRY et RAU, 4^e éd., t. V, § 503 *bis*; — RODIÈRE et PONT, I, n° 149; — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 95; — PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. 8 par M. NAST, nos 90 et 95; — COLIN et CAPITANT, III, p. 35; — JOSSERAND, III, n° 447.

risprudence (4) considèrent que le principe d'immutabilité entraîne la nullité de tout changement au pacte matrimonial. Si le changement est inséré dans un acte, sa nullité n'entraîne celle de l'acte dans lequel il est encadré que s'il a joué le rôle de cause impulsive et déterminante ; sinon, il y a lieu seulement de le tenir pour non écrit.

Les motifs du principe étant d'ordre public, la nullité est absolue (5).

Il en résulte qu'elle est opposable par tout intéressé : créanciers, enfants communs, enfants du premier lit. Ceci est, du moins, une conséquence de la théorie classique des nullités. Mais on sait que cette théorie est attaquée, aujourd'hui, et en particulier la règle que toute nullité absolue peut être invoquée par tout intéressé (6). Il est, en effet, dit-on, des règles impératives que le législateur édicte, non dans un intérêt absolument général, non pour protéger vraiment l'ordre public, mais pour protéger des catégories plus ou moins larges d'intéressés. Le principe d'immutabilité pourrait peut-être — si l'on suivait cette opinion — être considéré comme édicté dans l'intérêt des époux, de leurs familles et des tiers, et sa violation pourrait alors être invoquée seulement par ceux qu'il protège ainsi, à l'exclusion notamment des enfants du premier lit. Nous ne pouvons discuter ici cette question ; aussi bien, la théorie classique des nullités même si on la croit sujette à caution, demeure-t-elle encore en vigueur.

La sanction du principe d'immutabilité étant la nullité absolue, il s'ensuit encore que la modification apportée au pacte matrimonial ne peut pas être ratifiée, du moins pendant le mariage (7). Il a été jugé qu'elle pourrait l'être à la dissolution du mariage (8) sans toutefois que cette confirmation soit

(4) Req., 23 juin 1887, D. 87. 1. 449 ; — Paris, 24 mars 1903, D. 1905. 2. 1, p. PLANIOL ; — Pau, 3 mars 1909, D. 1911. 2. 171, — S. 1910. 2. 76 ; — Paris, 2 mars 1925, D. 1926. 2. 13, n. NAST.

(5) Auteurs et arrêts précités.

(6) V. KAYSER, *Des nullités d'ordre public*, Rev. trim., 1933, p. 1128 et suiv. ; — RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, p. 283 et 284.

(7) Bastia, 26 janvier 1856, D. 56. 2. 58.

(8) Metz, 26 novembre 1823, D. R. 387.

opposable aux tiers dont les droits sont nés au cours de l'union. Mais il nous semble préférable de dire que la convention contraire à l'article 1395 ne peut être validée par aucune confirmation, puisque tout intéressé peut invoquer la nullité (9).

Enfin, l'action en nullité est imprescriptible pendant le mariage. A la dissolution, certains auteurs admettent qu'elle peut s'éteindre par la prescription décennale de l'article 1304 (10). Certains auteurs doutent au contraire que la prescription de 30 ans lui soit même applicable (11). Nous croyons que l'article 1304, qui édicte une prescription basée sur une ratification tacite, doit être écarté ici. Mais la jurisprudence applique la prescription trentenaire (12), selon son opinion habituelle sur l'effet des nullités absolues (13).

(9) PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. 8 par M. NAST, n° 95.

(10) AUBRY et RAU, 5^e éd., t. VII, § 503 *bis*, note 3 *ter*.

(11) HUC, IX, n° 44; — COLIN et CAPITANT, III, p. 41; — JAPIOT, n., S. 1912. 2. 257.

(12) Civ., 6 novembre 1895, D. 97. 1. 25, n. SARRUT, — S. 96. 1. 5, n. LYON-CAEN.

(13) V. notamment Req., 5 mai 1879, D. 80. 1. 145, n. Ch. BEUDANT.

CHAPITRE V

TEMPÉRAMENTS AU PRINCIPE D'IMMUTABILITÉ

On range généralement sous le titre d'exceptions au principe d'immutabilité certains cas où la loi autorise, par dérogation à l'article 1395, une modification au pacte matrimonial au cours du mariage.

La vérité est que le législateur apporte dans certains cas des tempéraments à l'immutabilité du régime matrimonial. Les plus importants sont la séparation de biens, principale ou accessoire à une séparation de corps — et la faculté que la loi du 4 janvier 1930 accorde aux époux divorcés qui se remarient de faire un nouveau contrat de mariage.

§ 1. — SÉPARATION DE BIENS

Le jugement de séparation de biens entraîne la dissolution de la communauté (art. 1401 - 5°), et il substitue au régime matrimonial primitif un régime nouveau.

Remarquons d'ailleurs que l'institution de la séparation de biens n'est même pas, à vrai dire, un tempérament au principe d'immutabilité ; l'article 1395 interdit seulement les changements de régime résultant de la libre volonté des époux ; or, ici, le changement est l'effet d'une décision de justice. Le véritable tempérament est la faculté accordée aux conjoints sé-

parés de rétablir à leur gré la communauté primitive (art. 1457).

Ce serait donc une erreur de s'imaginer que la séparation de biens affranchit les époux du principe de l'immutabilité du régime matrimonial (1). Nous avons déjà dit que la liquidation de la communauté qu'elle entraîne, loin d'être entre les conjoints une convention librement discutée, n'est que l'application presque mathématique de dispositions qui s'imposent à leurs volontés.

En réalité, la séparation de biens a seulement pour effet de faire passer les époux d'un statut immuable à un autre statut dont l'immutabilité, non moins lourde, ne comporte qu'une seule réserve : la faculté de revenir, d'une manière définitive et absolue, au régime précédent (2).

Et même, toutes les clauses du pacte matrimonial primitif qui ne sont pas incompatibles avec le nouveau régime de séparation de biens demeurent, intangibles. C'est ainsi que la dotalité subsiste avec toutes ses conséquences et que les conventions matrimoniales relatives aux biens dotaux demeurent en vigueur. Quand le mari était tenu de faire emploi des fonds dotaux, la séparation de biens n'affranchit pas la femme de cette obligation (3) ; quand il ne pouvait recevoir les deniers qu'à la condition de justifier de la suffisance de ses immeubles personnels, la femme ne peut de même les toucher qu'à la condition de fournir une garantie hypothécaire suffisante pour la libération de son débiteur (4).

§ 2. — LOI DU 4 JANVIER 1930

Aux termes de l'ancien article 295, les époux divorcés qui se remarient devaient reprendre, sans aucune modification, le régime matrimonial de leur première union.

(1) SAVATIER, n. D. 1925. 1. 137.

(2) BAUDRY-LACANTINIERE, *LE COURTOIS* et *SURVILLE*, II, n° 979.

(3) Req., 18 décembre 1888, D. 90. 1. 350, — S. 89. 1. 161; — Req., 27 octobre 1908, S. 1909. 1. 247; — AUBRY et RAU, 5^e éd., t. VIII, § 539, texte et note 13; — PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. 9 par M. NAST, n° 1256; — CAPITANT, *Des clauses d'emploi et de remploi*, thèse, Paris, 1889, p. 179 et suiv.

(4) Req., 18 décembre 1888, D. 90. 1. 350, — S. 89. 1. 161.

La loi du 4 janvier 1930 a supprimé cette disposition du Code Civil. Les époux divorcés qui se remarient ont donc aujourd'hui la liberté d'adopter un nouveau statut matrimonial.

La proposition de loi tendant à modifier l'article 295 et déposée sur le bureau du Sénat par MM. Mounié, Coyrard et André Morizet à la séance du 20 décembre 1928 (5) faisait ressortir le caractère illogique et l'inefficacité de l'obligation imposée aux époux divorcés de reprendre leur régime primitif (6).

Il était étrange d'assujettir à un statut pécuniaire immuable des conjoints auxquels on n'avait pas refusé la faculté de se libérer des liens mêmes du mariage.

Et il semblait irrationnel aussi de ne pas accorder aux époux divorcés la liberté que l'article 1451 laissait aux conjoints séparés de corps d'opter entre leurs premières conventions matrimoniales et le régime résultant de leur nouvel état.

Au surplus, la situation de famille et de fortune des époux avait pu changer dans l'intervalle compris entre les deux unions, et une adaptation de leur statut pécuniaire aurait été conforme à leurs intérêts.

La disposition de l'article 295 paraissait encore inefficace. En effet, si l'intervalle avait été assez long entre le divorce et le remariage, la composition de la fortune des époux pouvait avoir varié à tel point qu'il était impossible en fait de rétablir la situation existant lors du premier mariage, et rien n'empêchait même les conjoints de mauvaise foi d'apporter volontairement à la composition de leur fortune des modifications telles que l'obligation de reprendre le régime primitif devenait pour eux et pour les tiers une garantie illusoire (7).

Enfin, l'interdiction édictée n'atteignait pas son but, qui était de protéger les tiers contre un changement frauduleux de régime. Les changements survenus dans le patrimoine des époux rendaient presque toujours nécessaire la rédaction d'un nou-

(5) *Journ. off.*, 1928, Doc. parl., annexe 792, sess. extraord., p. 1274.

(6) V. LÉVY, *Mariage entre époux divorcés*, *Journ. des notaires et des avocats*, 1924, p. 529.

(7) Philippe FARGEAUD, *Réunion des époux divorcés et immutabilité*, d'après le nouvel article 295, *Journ. des notaires*, 1930, p. 169 (art. 36103); — Loi du 4 janvier 1930, *Répert. gén. prat. du notariat et de l'enregistrement*, 1930, II, p. 17.

veau contrat, en dépit de l'interdiction de modifier l'ancien. Ceci donnait lieu à des fraudes de la part des époux qui montraient aux tiers tantôt l'un, tantôt l'autre contrat, suivant l'intérêt du moment.

Comment savoir que le second contrat était bien conforme au premier ? Comment, s'il ne l'était pas, prouver que les tiers connaissaient le premier, de manière à les empêcher d'en prévaloir du second ? En raison de ces difficultés, on avait admis que, si des modifications au régime primitif étaient introduites dans le second pacte matrimonial, elles étaient nulles dans les rapports des époux, mais que leur nullité n'était pas opposable aux tiers qui avaient traité avec des conjoints dans l'ignorance de leur remariage (8).

Cette argumentation critique était séduisante ; elle n'était peut-être pas irréfutable. Et nous ne croyons pas que la nouvelle rédaction de l'article 295 soit moins sujette à critique que l'ancienne, au contraire.

Le législateur s'est évidemment laissé influencer par les attaques dressées contre le principe d'immutabilité ; mais il a eu tort d'accomplir une réforme incomplète, et d'affranchir des conséquences de l'article 1395 les seuls époux divorcés.

Sans doute, des époux, instruits par l'expérience de leur premier mariage, peuvent avoir un intérêt très légitime à soumettre leur seconde union à un régime différent. Mais l'intérêt du changement de régime est le même pour des époux non divorcés qui s'aperçoivent au cours du mariage des inconvénients du régime qu'ils ont adopté. De deux choses l'une : ou la faculté de changer de régime matrimonial est nécessaire à l'intérêt des époux, et la nécessité est la même, et l'intérêt aussi pressant pour les conjoints non divorcés que pour les divorcés se remariant, — ou elle n'est qu'une faveur accordée par le législateur, et l'on comprend mal que la sollicitude de celui-ci soit réservée aux ménages où l'union ne règne qu'avec une fâcheuse intermittence.

Cette rupture d'équilibre entre le nouvel article 295 et les autres dispositions du Code relatives à l'immutabilité (art. 1395 et 1451) nous semble le grief le plus sérieux contre la loi du

(8) Nouveau C. civ. annoté, Dall., art. 295, n° 22.

4 janvier 1930. Pourquoi maintenir le principe d'immutabilité en ce qui concerne seulement les ménages unis ? Pourquoi les époux séparés de corps qui reprennent la vie commune sont-ils obligés, s'ils renoncent à la séparation de biens, de reprendre leur régime primitif sans modification, alors que les époux divorcés qui se remarient jouissent de la liberté la plus absolue quant à leurs conventions pécuniaires ? Le législateur moderne a trop souvent tendance à résoudre ainsi des difficultés particulières sans se soucier de mettre la solution adoptée en harmonie avec l'ensemble des principes reçus.

On a élevé contre la loi du 4 janvier 1930 d'autres critiques ; elles nous paraissent moins justifiées.

M. Lalou (9), y voit une prime au divorce ; et il dépeint avec une verve, tantôt amusée et tantôt cinglante, les époux se livrant au « libre jeu du mariage et du divorce » pour se débarrasser d'un régime matrimonial gênant. Un instant de liberté suffit ; le temps, au cours du délai de viduité, de faire un nouveau contrat, et le tour est joué — et le principe d'immutabilité réduit à néant. Il ne faut pas exagérer. D'usage si constant que soit aujourd'hui le divorce, les ménages unis ne songent guère à y recourir pour le seul motif de se soustraire à l'immutabilité du statut matrimonial, et les exemples de divorce « pour raisons pécuniaires » relèvent plus de la littérature que de la jurisprudence ou de la pratique notariale.

On a dit aussi — et l'objection est plus fondée — que la loi du 4 janvier 1930 permet les mêmes fraudes contre les tiers que l'ancien article 295 (9). Les époux peuvent, à leur gré, montrer aux tiers leur premier, ou leur second — voire leur troisième ! — contrat de mariage. Les tiers sont placés dans l'alternative ou d'être trompés par une fraude, ou de se procurer des justifications compliquées ; copie aussi récente que possible de l'acte de naissance des époux portant en marge la mention de leurs mariages successifs, copie de l'acte du dernier mariage indiquant si les époux ont ou non rédigé un contrat, expédition de ce contrat. Il aurait fallu, pour remédier à

(9) LALOU, *Le jeu du mariage et du divorce et les changements de régime matrimonial*, D. H. 1930, chron., p. 11 et suiv.

(10) LALOU, *article précité*. — Loi du 4 janvier 1930, *Répert. gén. prat. du notariat et de l'enregistrement*, 1930, II, p. 17.

ces inconvénients, organiser un système de publicité permettant aux tiers d'être tenus facilement au courant des variations du régime matrimonial. Ici encore, il convient pourtant de ne rien exagérer : il est rare en fait que les tiers ne soient pas au courant de la situation des époux avec lesquels ils traitent. Mais il est certain que des fraudes sont possibles, et l'on peut s'étonner que le législateur ait fait passer la sécurité des transactions après la satisfaction de l'intérêt personnel des conjoints.

§ 3. — AUTRES TEMPÉRAMEMENTS

Il existe d'autres tempéraments au principe d'immutabilité.

1) Lorsque le contrat de mariage est nul ou annulé, les époux doivent être considérés comme s'étant mariés sans contrat, le régime de communauté légale est donc substitué rétroactivement au régime convenu (11).

2) Lorsque l'un des conjoints est en état d'absence, l'article 124 laisse à celui qui demeure une option : il peut demander la continuation provisoire de la communauté s'il espère le retour de l'absent, ou laisser prononcer l'envoi en possession provisoire et subir en conséquence la dissolution et le partage.

3) La loi du 2 juillet 1862 (art. 46) et celle du 16 septembre 1871 (art. 29) décident, par faveur pour le crédit de l'Etat, que le remploi en rentes sur l'Etat peut être substitué au remploi en immeubles stipulé dans le contrat de mariage.

4) Les lois du 9 avril 1881 (art. 6) et du 20 juillet 1895 (art. 16) autorisaient les femmes mariées, quel que soit leur régime matrimonial, à se faire ouvrir des livrets de caisse d'épargne sans l'assistance de leur mari, et à retirer, sans cette assis-

(11) Civ., 11 juillet 1853, D. 53. 1. 281, — S. 54. 1. 49; — Civ., 9 janvier 1855, D. 55. 1. 28, — S. 55. 1. 125; — AUBRY et RAU, 5^e éd., t. VII, § 502, texte et note 4; — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 204; — PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat.*, t. 3 par M. NAST, n° 91; — COLIN et CAPITANT, III, p. 43; — JOSSE-RAND, III, n° 398.

tance, les sommes inscrites sur ces livrets, sauf opposition du mari. Ces dispositions deviennent sans intérêt par suite de la loi du 18 février 1938.

5) Les donations faites par contrat de mariage sont révocables pour cause de survenance d'enfant (art. 960).

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Nous connaissons maintenant les conséquences et les limites du principe de l'immutabilité du régime matrimonial. Il nous semble résulter de cet examen du droit civil positif que le principe posé par les articles 1394 et 1395 est beaucoup moins rigoureux qu'il ne paraît au premier abord.

Il est vrai que la jurisprudence en a, dans l'ensemble, aggravé la portée, en l'invoquant pour annuler certaines donations indirectes entre époux, certains contrats entre les conjoints et les constituants de la dot, les sociétés entre époux, et les modifications testamentaires. Elle l'a, par contre, atténuée dans une matière très importante, celle des rentes viagères et des assurances sur la vie.

On peut souhaiter — et nous souhaitons en effet — voit les tribunaux s'engager dans la voie d'une interprétation plus libérale du principe d'immutabilité. Certains auteurs voudraient même que la jurisprudence renonce à appliquer l'article 1395 aux libéralités faites en faveur du mariage ; mais nous avons dit pourquoi cette opinion ne nous semble pas devoir être adoptée, et comment il nous paraît possible de réduire à de justes limites la portée du principe d'immutabilité sur ce point.

En résumé, dans quelles limites le principe de l'immutabilité du régime matrimonial enferme-t-il l'activité des époux ? L'organisation générale du régime est définitive, et intangible, elle ne peut être modifiée soit directement par une convention tendant à ce but, soit indirectement par l'effet d'actes juridiques passés soit entre les époux, soit entre eux et des tiers. Les libéralités faites en faveur du mariage sont immuables.

Mais les conjoints demeurent parfaitement libres de bien

ou mal user du régime adopté et de disposer de leurs biens. Ils peuvent même, par le jeu des contrats qu'ils ont la faculté de conclure entre eux, adapter leur régime aux changements survenus dans leur situation, cette adaptation sera essentiellement révocable, il est vrai, en raison de l'immutabilité du régime.

S'il est hors de discussion que le principe d'immutabilité apporte une entrave permanente à la liberté d'action des époux, on voit qu'il laisse cependant à leur activité un vaste domaine dont les adversaires de l'art. 1395 évitent parfois tendancieusement de faire ressortir l'étendue.

DEUXIÈME PARTIE

L'IMMUTABILITÉ du RÉGIME MATRIMONIAL EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

L'organisation générale du régime matrimonial est liée, dans chaque pays, à une tradition historique ; elle subit fortement l'influence de la conception de la famille, de la situation économique et sociale de chaque nation. Le droit positif ne se sépare pas ici des traditions, ni des mœurs, voire des croyances. Ceci explique que les divergences entre les législations soient si fréquentes en cette matière, et les conflits de lois si nombreux.

Le principe de l'immutabilité du régime matrimonial n'est pas en vigueur dans toutes les législations ; pas plus que les autres règles du droit matrimonial, il n'est une règle universelle. Nous reviendrons sur ce point ; il suffit maintenant de savoir que si, dans certains pays, l'immutabilité du régime est considérée, ainsi qu'en France, comme l'un des principes essentiels du droit matrimonial, il est d'autres pays, par contre, où les époux ont la faculté de modifier leurs conventions matrimoniales au cours du mariage. Il n'est donc pas rare qu'un conflit de loi s'élève quant à l'immutabilité du statut matrimonial. Les ménages émigrés sont nombreux, en effet, et aussi les ménages à nationalités différentes, la femme, par suite de l'évolution des lois sur la nationalité, gardant fréquemment

aujourd'hui sa nationalité d'origine en se mariant. Quelle est, en cas de conflit, la loi compétente pour déterminer si le régime matrimonial est ou non immuable ? Il n'existe pas, dans notre droit, de disposition positive sur ce point, et les auteurs et la jurisprudence sont divisés. Leurs opinions diverses sont dans un lien étroit avec leurs conceptions, également différentes, du système de solution des conflits de lois concernant le régime matrimonial en général. Aussi, nous semble-t-il bon, afin d'éclairer la recherche de la loi de rattachement de l'immutabilité, d'indiquer brièvement ici, sans toutefois les discuter dès maintenant, les règles suivies par la jurisprudence pour la solution des conflits de lois qui s'élèvent en matière de régime matrimonial, et les systèmes proposés par la doctrine pour le règlement de ces conflits.

La jurisprudence rattache le régime matrimonial au droit des contrats (1). Il s'ensuit que le principe de l'autonomie de la volonté domine, dans notre droit international positif, toute la matière du statut matrimonial. On peut cependant distinguer le régime conventionnel et le régime légal.

Si un contrat de mariage a été rédigé, est-il besoin de préciser que la règle *locus regit actum* reçoit son application normale en ce qui concerne les règles de forme de ce contrat, et que, d'autre part, la capacité des époux dépend de la loi nationale de chacun d'eux ? Aucune difficulté ne se présente sur ces deux points.

Quant aux règles de fond du contrat de mariage, la jurisprudence leur applique la même loi qu'aux règles de fond des contrats ordinaires : celle qui a été choisie expressément par les époux. Le contrat de mariage est un « contrat ». Le Code civil le place au premier rang des conventions soumises aux règles générales des contrats et obligations. Il présente, en droit

(1) Req., 9 mars 1891, D. 91. 1. 459; — Cass. Civ., 30 décembre 1912, D. 1914. 1. 191; — Amiens, 9 février 1926, Cl., 1927. 388.; — Colmar, 28 mars 1928, Cl., 1929. 440, — S., 1929. 2. 17, n. NIBOYET; — Pau, 17 novembre 1932, D., 1932. 2. 161, n. CHAUVEAU, — Cl., 1935. 95, — *Rev. crit. de dr. int.*, 1934. 610; — Cass. Req., 4 juin 1935, D., 1936. 1. 7, n. SAVATIER, — S., 1935. 1. 377, n. NIBOYET, — Cl. 1936. 898, n. J. PERROUD, — *Rev. crit. de dr. int.*, 1936. 755, n. BASDEVANT; — V. RIPERT. *de dr. int. pr.*, V° *Communauté conjugale et contrat de mariage*, t. IV, n°s 118 et suiv.

interne, les caractères d'un contrat patrimonial ordinaire, et les règles de ces contrats, notamment le principe général de l'autonomie de la volonté, lui sont applicables. L'article 1387 ne reproduit-il pas en termes exprès, au Titre du contrat de mariage, ce principe de la liberté des conventions, essentiel en matière contractuelle ? Les époux peuvent établir, en droit interne, leurs conventions matrimoniales « comme ils le jugent à propos ». Il en est de même en droit international privé. Des Français se mariant à l'étranger, ou des étrangers se mariant en France peuvent donc adopter le régime de leur choix, qu'il soit prévu par leur loi nationale, par la loi locale, ou par toute autre loi étrangère.

D'après la jurisprudence récente encore, qui suit en ce cas particulier sa tendance générale en ce qui concerne le domaine de l'autonomie de la volonté, la loi à laquelle les époux se sont référés doit être appliquée dans toutes ses dispositions, non seulement facultatives et interprétatives — ce qui ne soulève pas de difficultés —, mais impératives et prohibitives, et ceci, dans certains cas, même s'il existe, dans l'une ou l'autre des lois en conflit, des dispositions contraires de caractère normatif.

Si les époux n'ont pas rédigé de contrat de mariage, la jurisprudence ne cesse pas de s'attacher au principe général qu'elle a posé et d'après lequel c'est à la volonté des époux qu'il appartient de déterminer le régime matrimonial. Cette question de la détermination du régime des époux mariés sans contrat est d'ailleurs célèbre ; nos anciens jurisconsultes l'appelaient la *famosis sima quaestio*. Il est presque superflu de rappeler comment Dumoulin conçut, en 1525 (affaire de Ganev), l'idée de comparer le régime légal à une convention tacite. Avant lui, on soumettait dans chaque ressort les biens des époux au régime organisé par la coutume territoriale. Cette pluralité de régimes légaux pour les époux propriétaires de biens en diverses provinces introduisait dans la vie des conjoints d'inextricables complications. Dumoulin voulut faire admettre l'unité de régime légal. Il fit donc observer que la rédaction d'un contrat de mariage entraînait l'unité du régime matrimonial, car on ne soumettait pas la convention matrimoniale aux statuts de la situation des biens qu'elle était appelée

à régir. En considérant le régime légal comme une convention tacite, on assurait donc aussi l'unité de ce régime et son effet extra-territorial. Ce raisonnement, que d'Argentré avait qualifié de mauvais moyen d'avocat, fut suivi, et il est le point de départ historique de la théorie de l'autonomie de la volonté, fondée par le droit coutumier et surtout par la jurisprudence moderne sur cette idée de Dumoulin, développée et épurée suivant les uns, faussement interprétée suivant les autres.

Pour nous en tenir ici au régime matrimonial, la jurisprudence considère donc traditionnellement que, les époux ayant la faculté d'établir leur statut matrimonial, ils ont entendu, lorsqu'ils n'ont pas usé de cette faculté, s'en remettre au législateur et ont tacitement adopté le régime que leur offrait la loi.

Ainsi, le régime légal étant un régime conventionnel tacite, il convient, en droit international privé, de lui appliquer les mêmes règles qu'au régime conventionnel avec lequel il se confond en réalité. Il faut donc rechercher la loi à laquelle les époux ont eu *en fait* l'intention de se soumettre. Dans cette recherche, les juges font appel à toutes les circonstances de la cause : le lieu de célébration du mariage, le domicile matrimonial, la nationalité des époux ; peu importe, il s'agit d'une question de pur fait que la Cour de Cassation abandonne à l'appréciation des juridictions inférieures. De même que dans l'hypothèse d'un régime conventionnel, la loi ainsi choisie — tacitement — par les époux, s'applique dans toutes ses dispositions, impératives et prohibitives aussi bien que facultatives et supplétives. Le statut matrimonial ne doit pas être scindé.

Tel est, ramené à ses lignes essentielles, le système de la jurisprudence. Il est approuvé par certains auteurs, et l'évolution actuelle de la doctrine lui est favorable (2). Encore une fois, nous ne voulons pas, ici, l'apprécier.

La doctrine propose d'autres systèmes. Une tendance très nette s'est manifestée en vue de détacher le statut matrimonial du domaine contractuel pour le rattacher, ainsi que les effets

(2) V. SAVATIER, II., D. 1936. 1. 7 (p. 9, col. 1) ; — LEREBOURS, PIGEONNIÈRE, *Précis de droit international privé*, 3^e éd., n^{os} 340 et suiv. ; — SURVILLE, *Cours élémentaire de droit international privé*, n^o 372.

du mariage, au statut personnel (3). Le contrat de mariage semble à certains auteurs lié trop étroitement, dans le droit interne français, au mariage, pour qu'on puisse le considérer comme un acte purement patrimonial. Il est, dit-on, un acte du droit de famille. Il y a, dans les conventions matrimoniales, un mélange indivisible de stipulations de pur intérêt pécuniaire et de stipulations de caractère familial. Les conventions matrimoniales touchent de très près aux conséquences de l'état de mariage ; les effets personnels et les effets pécuniaires du mariage sont donc intimement liés, et la même loi doit les régir impérativement. Cette loi est la loi « nationale » des époux, et, pour les ménages à nationalités différentes, la loi nationale du mari.

D'autres auteurs enfin approuvent la thèse fondamentale de la jurisprudence et l'application au régime matrimonial du grand principe de l'autonomie de la volonté. Mais ils refusent d'admettre que la loi à laquelle les époux se sont expressément ou tacitement référé s'applique à l'encontre des dispositions impératives ou prohibitives édictées en matière de conventions matrimoniales par leur loi « nationale » ou, en cas de différence de mortalité, par la loi du mari. La volonté des époux ne peut se mouvoir que dans le cercle admis par la législation compétente, dont les dispositions impératives échappent à la loi d'autonomie.

Ces idées générales exposées, revenons à l'immutabilité du régime matrimonial. A quelle loi doit-elle être rattachée en cas de conflit ? Est-elle une règle de forme obéissant, selon la maxime *locus regit actum*, à la loi du pays où le contrat de mariage est rédigé ? Dépend-elle du statut personnel, soit comme règle de capacité, soit comme disposition impérative échappant à la loi générale du régime qui relève de l'autono-

(3) V. AUDINET, *Des conflits de lois relatifs aux effets patrimoniaux du mariage*, Cours de l'Académie de La Haye, Recueil, 1933, p. 23 et suiv. ; — BARTIN, sur AUBRY et RAU, t. VII, § 504 bis ; — BARTIN, *Principes de droit international privé*, t. 2, § 262, 268, 301 et suiv. ; — CALEB, *Communauté conjugale et contrat de mariage*, dans le *Répertoire de droit international* LAPRADELLE et NIBOYET, t. IV, n^{os} 118 et suiv. ; — NIBOYET, *Manuel de droit international privé*, n^o 716 ; — NIBOYET, n., S. 1936. I. 377 ; — PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, t. 2, n^o 505 ; — NAST, n., D. 1924. 2. 41.

mie de la volonté ? Se rattache-t-elle à la loi qui régit l'ensemble du régime et à toutes les dispositions de laquelle les époux se sont expressément ou tacitement référés ?

Ces diverses opinions sont soutenues en doctrine. La décision la plus récente de la Cour de Cassation, l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 4 juin 1935, a consacré la dernière solution et rattaché l'immutabilité à la loi du régime, rompant ainsi avec les solutions antérieures, déjà anciennes, il est vrai, de la Cour de Cassation, et rejetant la thèse admise par une partie des Cours d'appel.

Nous examinerons les arguments invoqués en faveur et à l'encontre de chacune des solutions proposées. Nous rechercherons ensuite si la solution admise doit être limitée dans son application par le jeu habituel des principes de l'ordre public et de la fraude à la loi.

Cette seconde partie sera donc divisée en quatre chapitres :

CHAPITRE I. — L'immutabilité du régime matrimonial dépend-elle de la loi locale ?

CHAPITRE II. — L'immutabilité du régime matrimonial dépend-elle du statut personnel ?

CHAPITRE III. — L'immutabilité du régime matrimonial dépend-elle de la loi du régime ?

CHAPITRE IV. — Limites de la solution admise.

CHAPITRE PREMIER

L'IMMUTABILITÉ DU RÉGIME MATRIMONIAL DÉPEND-ELLE DE LA LOI LOCALE ?

Selon les seuls arrêts que la Cour de Cassation ait, jusqu'en 1935, rendus en matière de conflits de lois concernant l'immuabilité du régime matrimonial, et qui datent de 1855 et de 1867 (1), les articles 1394 et 1395 du Code civil n'édicteraient qu'une règle de forme, soumise, par conséquent, en vertu de la maxime *locus regit actum*, à la loi locale.

Deux Français pourraient donc faire leur contrat après la célébration du mariage dans un pays où la loi le permet (en Allemagne ou en Suisse, par exemple) ; réciproquement, deux étrangers ne pourraient jamais, après la célébration du mariage, modifier en France leur régime matrimonial.

« Attendu », dit l'arrêt de la Cour de Cassation le plus formel en ce sens, celui du 11 juillet 1855, « que la détermination de l'époque à laquelle doit intervenir le pacte matrimonial, comme tout ce qui tient à sa forme extérieure, est soumise à l'empire de la règle *locus regit actum* ».

On a bien tenté de dégager de ces décisions de la Cour suprême et de quelques arrêts de Cours d'appel qui leur sont conformes (2) une autre doctrine et l'on a prétendu qu'une

(1) Cass. Civ., 11 juillet 1855, D. 56. 1. 9; — Cass. Req., 24 décembre 1867, D. 87, 2, 123 (en note), — S. 68. 1. 134.

(2) Montpellier, 25 avril 1844, D. 45. 2. 36; — Toulouse, 7 mai 1866, D. 66. 2. 109.

analyse plus exacte de cette jurisprudence révélait qu'elle considèrerait le principe d'immutabilité comme une règle de fond (3). Si l'on n'y voyait qu'une règle de forme, écrit notamment M. Jay (4), il suffirait, pour reconnaître la validité d'un contrat rédigé postérieurement au mariage, de constater que ce contrat a été rédigé dans un pays dont la législation ne connaît pas l'immutabilité. Or, en fait, les juges recherchent en quel pays a été célébré le mariage, en quel pays les époux ont entendu, au moment de leur union, fixer le siège de l'association conjugale. Tout ceci serait inutile s'il ne s'agissait que d'appliquer la règle *locus regit actum*. La jurisprudence paraît donc à certains auteurs (5), guidée par une autre doctrine, à savoir que l'immutabilité est une règle de fond et s'incorpore au régime adopté soit expressément soit tacitement par les époux.

Mais il nous semble aisé d'expliquer que la jurisprudence ait pu se livrer ainsi à des recherches d'intention et appliquer, dans des cas d'espèce, la loi du lieu de célébration du mariage et non celle du lieu de rédaction du contrat de mariage à l'immutabilité du régime matrimonial sans cesser pour autant de considérer le principe d'immutabilité comme une règle de forme. Cette solution nous paraît s'expliquer par une nécessité pratique (6). L'application de la règle *locus regit actum* à l'immutabilité ne soulevait aucune difficulté si les époux avaient, en fait, rédigé un contrat de mariage ; la loi du lieu de rédaction du contrat décidait s'ils avaient ou non la faculté de modifier leur régime matrimonial. Mais, lorsque les époux n'avaient pas rédigé de contrat, force était aux tribunaux de se référer à une loi autre que celle du lieu de rédaction alors inexistante ; ils se référaient à la loi du lieu de célébration du mariage, se confondant le plus souvent avec celle du lieu où les époux avaient entendu fixer le domicile matrimonial. Et,

(3) Raoul JAY, *De l'immutabilité des conventions matrimoniales en droit international*, CLUNET, 1885, p. 527 ; — BASDEVANT, n., sous Cass. Req., 4 juin 1935, *Rev. crit. de droit intern.*, 1936, p. 755.

(4) Raoul JAY, *De l'immutabilité des conventions matrimoniales en droit international*, CLUNET, 1885, p. 527.

(5) JAY, CLUNET, 1885, 527 ; — BASDEVANT, *Rev. crit. de droit intern.*, 1936, 755.

(6) WAHL, n., S. 98. 4. 25.

comme il eût été peu logique d'appliquer la loi du lieu de rédaction du contrat dans un cas et la loi du lieu de célébration du mariage dans l'autre, il est même arrivé en fait à la jurisprudence de se référer dans les deux hypothèses à la loi du lieu de célébration du mariage.

Mais, les termes des arrêts ne laissent place à aucune équivoque sur la nature juridique reconnue autrefois au principe d'immutabilité ; la Cour de Cassation le considérait comme une règle de forme.

Les observations précédentes suffisent à inspirer des doutes sur l'exactitude de cette solution. Elle n'a d'autres fondements que la place des articles 1394 et 1395 insérés au Code parmi des dispositions relatives à la forme du contrat de mariage et les termes de l'article 1394 qui exigent dans une même phrase que le contrat soit fait « avant le mariage par acte devant notaire ». L'argument est trop exclusivement littéral !

Il est manifeste que le principe d'immutabilité n'est une règle de forme ni en raison de son contenu, ni en raison de son but. Quant à son contenu, il rend immuables les conventions, le statut pécuniaire des époux, comment voir là une règle de forme ? Quant à son but, il est destiné, non pas à assurer l'intangibilité d'un acte instrumentaire, mais à faire respecter, pour la triple sécurité des conjoints, de la famille et des tiers, la charte pécuniaire établie lors de la création du nouveau foyer. Au surplus, il est paradoxal d'appliquer la maxime *locus regit actum*, règle des conflits de forme du droit international, au cas où les époux n'ont pas fait de contrat de mariage et où leurs conventions sont par conséquent dépourvues de toute forme ; on a vu d'ailleurs à quelles difficultés se heurtait ici en pratique la jurisprudence.

Le rattachement de l'immutabilité à la loi de l'Etat sur le territoire duquel est passé le contrat de mariage a eu en jurisprudence son heure de succès. Dans la doctrine moderne, personne ne défend plus cette solution, qui n'offre donc qu'un intérêt documentaire. M. Lerebours-Pigeonnière, cependant, se ralliait encore à cette opinion dans la seconde édition de son Précis en 1933 (7). Le but de protection que poursuit le prin-

(7) LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis de droit international privé*, 2^e éd., n° 340, texte et note 1,

cipe d'immutabilité est atteint » écrivait-il, « au moyen d'une prescription de forme ; dès lors, il est permis de faire prévaloir — même un peu tendancieusement — la notion d'un délai pendant lequel des personnes, ne cessant pas d'être capables, doivent extérioriser leur volonté. » Cette qualification présente, poursuivait M. Lerebours-Pigeonnière, cet avantage de permettre aux époux étrangers dont le régime n'est pas immuable et qui viennent s'établir en France et y obtiennent la naturalisation française, de soumettre dans l'avenir, leur régime matrimonial à la loi française en rédigeant dans leur pays un nouveau contrat de mariage. Dans la troisième édition de son Précis (1937), M. Lerebours-Pigeonnière abandonne cette opinion, et, se ralliant à la solution la plus récente de la Cour de Cassation, considère que l'immutabilité se rattache à la loi qui régit l'organisation générale du régime matrimonial (8).

Il faut se féliciter de voir la doctrine et la jurisprudence renoncer à regarder l'immutabilité du régime matrimonial comme une règle de forme. Rarement confusion plus grave et plus flagrante avait pu être commise, ainsi que le dit M. Niboyet, qui ajoute : « Cette solution se rattache à une époque où notre haute juridiction ne voyait vraiment pas très clair dans les notions du conflit des lois, et dans les délicatesses de ses subtilités » (9).

(8) LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis de dr. int. pr.*, 3^e éd., n° 340.

(9) NIBOYET, *ibid.*, S. 1936. 1. 377.

CHAPITRE II

L'IMMUTABILITÉ DU RÉGIME MATRIMONIAL DÉPEND-ELLE DU STATUT PERSONNEL ?

Suivant un nombre impressionnant d'auteurs (1) et de décisions judiciaires (2), l'immutabilité du régime matrimonial doit être rattachée au statut personnel.

Pour connaître les arguments retenus par la jurisprudence en faveur de cette opinion, il suffit de citer une seule décision,

(1) ARMINJON, *Précis de droit intern. privé*, t. 2, n° 218 bis; — AUDINET, *Principes élémentaires de droit international*, n° 589; — AUDINET, *Des conflits de lois relatifs aux effets patrimoniaux du mariage*, Cours de l'Académie de La Haye, 1933, p. 45 et suiv.; — BARTIN, *Principes de dr. intern. privé*, t. 2, § 271; — CALEB, *Le principe d'autonomie de la volonté*, p. 344 et suiv.; — DESPAGNET et de BÆCK, *Précis de droit intern. privé*, 5^e éd., n° 330; — NIBOYET, *Manuel de droit int. pr.*, n° 710, et *Autonomie de la volonté dans le Répert. de dr. intern.*, n° 50; — PILLET, *Tr. pat. de dr. inter. privé*, t. 2, n° 507; — PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat. de dr. civil*, t. 8, par M. NAST, n° 107; — SURVILLE, *Cours élém. de dr. intern. pr.*, n° 368; — VALÉRY, *Manuel de dr. intern. pr.*, n° 786; — WEISS, *Traité théorique et pratique de dr. intern. privé*, 2^e éd., p. 1181; — NAST, note, D. 1924. 2. 43; — CHAUBEAU, n. D. 1932. 2. 162; — PERROUD, note, CLUNET, 1935. 95; — SAVATIER, note, D. 1936. 1. 7.

(2) Trib. civ. de Tunis, 4 avril 1891, CLUNET, 1892, p. 1181; — Trib. civ. de la Seine, 11 juin 1896, CLUNET, 1896. 870; — Trib. civ. de la Seine, 23 mai 1901, D. 1901. 2. 363; — Orléans, 24 février 1904, CLUNET, 1904. 680; — Trib. civ. de la Seine, 21 mars 1907, CLUNET, 1907. 1124; — Colmar, 28 mars 1928, D. 1929 2. 84., n. DESBOIS; — Lyon, 26 mars 1934, *Rev. crit. de dr. intern.*, 1935, 461; — Trib. civ. Strasbourg, 21 juillet 1935, CLUNET, 1937, 321.

un jugement du Tribunal civil de la Seine, du 21 mars 1907 (3). Les faits étaient les suivants. Les époux de Vlassov avaient contracté mariage à la mairie de Bucarest le 16 mai 1888 et avaient adopté le régime de séparation de biens avec obligation d'emploi des capitaux devant advenir à la future épouse, suivant un contrat reçu par le Chancelier de la légation française en Roumanie faisant fonction de notaire. De Vlassov était Russe ; sa femme, la princesse de Bauffremont, Française, avait acquis par le mariage la nationalité russe (anc. art. 19 Code civil français et art. 17 ukase russe 6 mars 1864). En 1894, par acte sous seings privés reçu au Consulat de Russie à Paris, puis en 1895, par un contrat en termes identiques reçu par un notaire à Saint-Petersbourg, les époux de Vlassov avaient déclaré soumettre pour l'avenir les effets civils de leur union purement et simplement au régime légal russe et supprimer l'obligation d'emploi. La dame de Vlassov, étant propriétaire d'un titre nominatif de rente sur l'Etat français où figurait l'obligation d'emploi et désirant transformer ce titre en titre au porteur, s'adressa à un agent de change de Paris, qui refusa d'effectuer l'opération en raison de la clause d'emploi. Les époux de Vlassov invoquèrent leurs nouvelles conventions matrimoniales.

« Attendu », dit le Tribunal de la Seine, « qu'usant du droit qu'ils reçoivent de leurs statuts personnels et de la législation russe, les demandeurs ont pu valablement, conformément à leur loi nationale, modifier les clauses originaires de leur contrat de mariage ;

« Attendu que l'immutabilité des conventions matrimoniales édictée par les articles 1394 et 1395 du Code civil est une règle de statut personnel, que cette règle a surtout pour but de protéger les époux contre l'influence que l'un d'eux pourrait exercer sur l'autre pour en obtenir de nouveaux avantages, et de maintenir la bonne harmonie entre eux en écartant toute cause de mésintelligence en ce qui touche leurs rapports pécuniaires, mais que cette règle n'est pas applicable aux étrangers lorsque la loi personnelle, qui les régit même en France, admet, comme la loi russe, la révocation des conventions matrimoniales. »

(3) Trib. civ. de la Seine, 21 mars 1907, CLUNET, 1907, 1124.

Les autres décisions en ce sens se bornent à déclarer que l'immutabilité du régime matrimonial est une « règle de statut personnel », sans en donner les raisons ; la plus récente d'entre elles, le jugement du tribunal civil de Strasbourg du 24 juillet 1935, même, bien qu'il soit en contradiction avec la dernière solution de la Cour de Cassation, n'est pas autrement motivé.

En doctrine, on justifie par diverses raisons le rattachement de l'immutabilité au statut personnel.

Certains auteurs — les moins nombreux — considèrent l'immutabilité comme un élément du statut personnel parce qu'elle est, à leur avis, une règle de capacité (4). La règle édictée par les articles 1394 et 1395 détermine, non pas, ainsi que le prétendent ceux qui croient y voir une règle de forme, le délai pendant lequel les époux, sans cesser d'être capables, doivent manifester leur volonté, mais la période de temps pendant laquelle ils sont capables de vouloir. Elle établit une sorte d'incapacité en restreignant l'efficacité d'une manifestation de la volonté des conjoints.

Cette thèse nous paraît devoir être rejetée. La seule raison d'être du principe d'immutabilité n'est pas la crainte de l'altération de volonté qui pourrait résulter de l'abus d'influence de l'un des époux sur l'autre. Il a pour autre but d'assurer la sécurité des transactions ; or la protection des tiers est sans lien avec le statut personnel des conjoints. Pourquoi isoler ainsi l'un des motifs de l'article 1395 ? A supposer même que l'interdiction de modifier le régime matrimonial entraîne une incapacité, il s'agirait d'une incapacité de jouissance et non d'une incapacité d'exercice (5). Or, la capacité de jouissance n'obéit pas à la loi personnelle. Il n'est pas douteux, par exemple, que le droit de recueillir une succession soit du domaine de la loi de la succession et non du domaine de la loi personnelle des héritiers ou du *de cuius*. De même, la possibilité de modifier le régime matrimonial dépend donc de la loi du régime, et non de la loi personnelle des époux. Celle-ci ne déter-

(4) SILZ, *Définition de la forme*, thèse, Paris, 1929, n° 171 ; — SAVATIER, note, *Dr.* 1936. 1. 7. (page 10, col.1).

(5) NIBOYET, note, *S.* 1936. 1. 377.

mine que la capacité d'exercice, et l'immutabilité du régime matrimonial n'est pas une incapacité d'exercice. Observons encore que, si l'opinion que nous critiquons était admise, elle devrait conduire logiquement à soumettre la possibilité de la modification du régime matrimonial à la loi personnelle de *chacun* des époux dans l'hypothèse — fréquente aujourd'hui — où la nationalité du mari ne s'étend pas à la femme en conséquence du mariage (6). On aboutirait donc en pratique à de sérieuses complications.

Exigerait-on l'accord des deux lois nationales pour permettre la modification du régime au cours du mariage (7) ? Cumuler deux lois différentes dont l'une interdirait et dont l'autre autoriserait le changement de régime au cours du mariage équivaldrait alors à refuser à l'un des époux une faculté que lui accorde sa loi nationale (8). Accorderait-on la prédominance à la loi du mari ? Outre que cette solution serait difficile à justifier en droit, elle serait contraire, quand la femme est Française et le mari étranger, à l'esprit de la loi du 10 août 1927 et à l'intérêt de la France, qui, étant un pays d'immigration, cherche à favoriser l'évolution d'un ménage mixte vers l'unité dans la nationalité française. Pour toutes ces raisons, nous rejetons donc l'opinion suivant laquelle l'immutabilité du régime matrimonial est, en tant que règle de capacité, un élément du statut personnel.

La majorité des auteurs qui rattachent l'immutabilité au statut personnel adoptent cette opinion parce qu'elle est dans un lien étroit avec leur conviction que le régime matrimonial lui-même est matière de statut personnel (9). Il nous semble donc indispensable d'exposer, de façon sommaire, cette dernière opinion et les objections qu'elle soulève, bien que la re-

(6) BARTIN, *Principe de dr. intern. pr.*, t. 2, § 271.

(7) AUDINET, *Des conflits de lois relatifs aux effets patrimoniaux du mariage*, Cours de l'Académie de La Haye, 1933, p. 23 et suiv.

(8) LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, 3^e édit., n° 239.

(9) AUDINET, *Principes*, n° 589; — AUDINET, *Des conflits de lois relatifs aux effets patrimoniaux du mariage*, Cours de l'Académie de La Haye, 1933, p. 23 et suiv; — BARTIN, *Principes de dr. intern. pr.*, t. 2, § 268 et 301 et suiv; — CALEB, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit intern. privé*, thèse, Strasbourg, 1927, p. 299 et suiv; — NIBOYET, *Manuel*, n° 710 et suiv.; — NIBOYET, note, S. 1936. 1. 377.

cherche de la loi de rattachement du régime matrimonial ne soit pas l'objet propre de notre étude.

La jurisprudence décide, nous le savons, que le régime matrimonial — conventionnel ou légal — relève de l'autonomie de la volonté. Pour une partie de la doctrine, ce système est inadmissible à cause de ses inconvénients pratiques et parce qu'il est fondé sur un raisonnement erroné. En pratique, le régime dépendant de la volonté des époux, la jurisprudence est obligée de rechercher cette volonté, surtout lorsqu'il n'a pas été dressé de contrat de mariage. Or, si toute recherche d'intention est délicate, l'incertitude que comporte celle-ci a des conséquences d'une gravité particulière. En effet, l'activité des époux, leurs relations avec les tiers dépendent du statut pécuniaire du ménage et le régime matrimonial est la loi de l'association conjugale pendant toute la durée du mariage. Or, tant qu'une décision judiciaire n'est pas intervenue dans chaque cas concret, on ignore le régime qui lie les époux. La volonté de ceux-ci peut être faussement interprétée, voire interprétée différemment par des juridictions diverses. Les conjoints et les tiers sont par conséquent dans une incertitude permanente et soumis au pouvoir d'appréciation souverain des tribunaux. En théorie, la liberté des conventions matrimoniales, de caractère évidemment impératif en droit interne, ne peut dépendre, sur le plan international, de l'autonomie de la volonté. D'autre part, le droit positif place les futurs conjoints devant cette alternative : rédiger un contrat ou subir un régime légal imposé ; le défaut de conventions pécuniaires antérieures au mariage ne laisse donc place qu'à des lois obligatoires.

Passant de l'argumentation négative à l'argumentation positive, on fait valoir que le régime matrimonial intéresse à un haut degré le statut familial. Il est commandé par l'existence commune des époux ; il est, selon l'expression de M. Niboyet, « la manifestation patrimoniale de leur association » (10), d'autres disent la projection sur les biens du mariage lui-même (11). Les conditions de fond qui s'imposent à la volonté des époux dans l'établissement de leurs conventions matrimo-

(10) NIBOYET, *Manuel*, n° 711.

(11) SAVATIER, note, D. 1936. 1. 7. (page 8, col. 2).

niales sont une conséquence de l'idée que la loi qui gouverne les effets du mariage se fait de la condition des époux l'un vis-à-vis de l'autre. Il existe un lien entre les effets personnels et les effets pécuniaires du mariage, et il ne convient pas de créer une scission entre la loi applicable aux uns et celle qui régit les autres. Dès lors, la loi applicable au régime matrimonial en cas de conflit n'est pas la loi à laquelle les époux se sont référés ou sont réputés s'être référés, mais, de même qu'en matière d'état et de rapports de famille, la loi nationale des époux, et pour les ménages à nationalités différentes, la loi nationale du mari.

Cette solution est consacrée d'ailleurs, observe-t-on, à l'étranger par le droit allemand. Aux termes de l'article 15, alinéa 1^{er} de la loi d'introduction du Code civil allemand, « le régime matrimonial se règle d'après les lois allemandes quand le mari était Allemand lors de la célébration du mariage ». La convention de La Haye du 17 juillet 1905 consacrait le même principe. Son article 2 dispose en effet : « En l'absence de contrat, les effets du mariage sur les biens des époux sont régis par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage », et l'article 5 : « La validité intrinsèque d'un contrat de mariage et ses effets sont régis par la loi nationale du mari au moment du mariage ».

Cette thèse est solidement étayée ; elle est soutenue par d'éminents internationalistes, notamment par M. Bartin (12) et par M. Niboyet (13). Nous ne la croyons pas irréfutable. La convention de La Haye a été dénoncée par la France à partir du 24 juin 1917 et ses dispositions ne nous lient plus. Celles du droit allemand ne peuvent servir que de comparaison et l'argument est sans grande valeur, car on sait que, dans le système suivi en Allemagne et contraire au nôtre, la femme acquiert nécessairement la nationalité de son mari. Au surplus, il ne s'agit pas de savoir à quelle loi il serait préférable de rattacher le régime matrimonial, mais à quelle loi il doit être rattaché en raison de notre système de droit positif. Nous ne contestons pas qu'en législation on puisse préférer la soumis-

(12) BARTIN, *Principes de dr. intern. pr.*, § 268 et 301.

(13) NIBOYET, *Manuel de dr. intern. pr.*, n° 710 et suiv.

sion à une loi unique des effets personnels et des effets pécuniaires du mariage et souhaiter l'uniformité du statut au sein de la famille. Mais, en droit positif, nous croyons impossible d'écarter, en ce qui concerne le régime matrimonial, le principe de l'autonomie de la volonté. L'autonomie de la volonté dans les contrats en général est un trait essentiel de notre Code civil, encore tout imprégné de l'individualisme révolutionnaire. Les conventions matrimoniales sont au premier rang des conventions soumises aux règles générales des contrats et obligations. L'étude des régimes matrimoniaux s'insère entre celle des obligations en général et celle de la vente. Peut-on mieux montrer que le contrat de mariage, qui, sans doute, est, sur certains points, solidaire du mariage, a cependant, d'après le Code civil, une toute autre nature (14) ? Il est, dans l'ensemble, un contrat patrimonial soumis aux mêmes règles que les autres, et notamment au principe de l'autonomie de la volonté. Quant au régime légal, nous croyons plus exact de le considérer comme un contrat tacite que comme un effet nécessaire du mariage. Il est difficile d'admettre que les époux, en n'usant pas de la faculté d'établir eux-mêmes leur statut matrimonial, n'aient pas entendu donner une adhésion, au moins « générale », au régime que leur offrait le législateur. Même si, dans la vie nationale, le régime légal est imposé, est-ce d'ailleurs une raison suffisante pour qu'il en soit fatalement de même dans la vie internationale ? La thèse du rattachement du régime matrimonial — conventionnel ou légal — au statut personnel abuse en effet de la projection des institutions nationales sur le plan international (15). L'organisation du régime matrimonial dépend étroitement des mœurs ; or, un ménage mixte ou un ménage émigré doit pouvoir tenir compte de circonstances exceptionnelles. Le régime légal lui-même n'étant pas nécessaire pour la protection des époux ou l'organisation de la vie familiale, on concilie donc, semble-t-il, de façon satisfaisante les intérêts en présence en permettant aux époux d'opter à leur gré entre les divers régimes prévus soit par la loi nationale du mari, soit par la loi

(14) SAVATIER, note, D. 1936. 1. 7. (page 9, col. 1).

(15) LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, 3^e éd., n° 344.

nationale de la femme, soit par celle du domicile matrimonial, soit par toute autre loi. Le système de la jurisprudence tient compte de ces situations qui dépassent les prévisions des lois internes. Il est parfaitement adapté à la pensée générale et à la structure même du Code civil, et la doctrine la plus récente n'hésite pas à l'approuver. Sans doute, il entraîne en fait une incertitude et des risques de variabilité dans l'interprétation de la volonté des époux. Mais ces inconvénients sont atténués dans une certaine mesure par le fait qu'il se dégage de la jurisprudence des règles habituelles d'interprétation. Et les auteurs mêmes qui regrettent ces incertitudes ont dû convenir que la solution de la jurisprudence est la seule qui soit en accord avec l'esprit du Code civil (16).

Le rattachement du régime matrimonial à la loi nationale soulève une dernière objection. La prédominance de la loi du mari dans les ménages à nationalités différentes se heurte à la loi du 10 août 1927. L'application de la loi nationale entraîne de sérieuses difficultés en cas de changement de nationalité des époux au cours du mariage, que le changement soit commun ou unilatéral. Nous croyons donc que la loi applicable au régime matrimonial n'est pas la loi nationale, mais, ainsi que le décide la jurisprudence, celle à laquelle les époux se sont expressément ou tacitement référés.

Les arguments invoqués pour rattacher l'immutabilité au statut personnel sont semblables à ceux sur lesquels on se fonde pour soutenir que le régime matrimonial dépend lui-même de ce statut.

On fait état des dispositions du droit allemand et de celles de la Convention de La Haye. L'article 15 de la loi d'introduction au Code civil allemand dispose que les époux peuvent changer le régime de leurs biens par une convention conclue durant le mariage dès lors que le mari a acquis la nationalité allemande. Aux termes de l'article 2 de la Convention de La Haye, « la loi nationale des époux décide s'ils peuvent, au cours du mariage, résilier ou modifier leurs conventions matrimoniales ». Encore une fois, les dispositions de la Convention de La Haye ne lient plus la France, et celles du droit alle-

(16) SAVATIER, note, D. 1936. 1. 7.

mand, liées d'ailleurs à un système général de nationalité contraire à celui qui est admis en France, ne peuvent servir que d'exemple législatif et non d'argument de droit positif.

En précisant la nature et le but du principe d'immutabilité, poursuit-on, on est conduit à considérer que la règle édictée par les articles 1394 et 1395 fait partie du statut personnel. Elle limite la liberté d'action des époux et établit pour eux une sorte d'incapacité. Elle se fonde essentiellement sur la construction par le législateur des rapports de famille. Elle a pour but de maintenir la bonne harmonie dans les ménages, de sauvegarder l'indépendance réciproque des époux, de protéger les intérêts des enfants du ménage et ceux des familles respectives des conjoints, d'assurer le respect d'une « charte » de caractère nettement familial. Sans doute, elle a pour but également de protéger les tiers, mais cette protection et la sécurité du crédit public peuvent être assurées par une publicité appropriée que ne manquent pas de prévoir les lois étrangères autorisant les modifications au régime matrimonial ; on ne se trouve donc pas en présence d'une règle de crédit assez puissante pour justifier l'application de la loi territoriale.

On ne peut méconnaître la force de ces arguments. Cependant, la solution proposée se heurte à de sérieuses objections. La prédominance de la loi nationale du mari est contraire à la loi du 10 août 1927. L'application de la loi nationale soulève des difficultés en cas de changement de nationalité au cours du mariage. Quelle loi nationale décidera si le régime est ou non immuable ? La loi contemporaine du mariage ou la nouvelle loi nationale ? Et si le changement de nationalité est unilatéral, quelle loi appliquera-t-on ? Il existe une autre objection, fondamentale. Si l'on fait dépendre l'immutabilité de la loi nationale, on est conduit à appliquer, en cas de conflit, deux lois différentes à l'ensemble du régime matrimonial d'une part, à l'immutabilité d'autre part. La solution est illogique et inélégante. Est-elle cependant imposée par le caractère impératif du principe d'immutabilité qui le soustrait à l'autonomie de la volonté, et par conséquent à la loi que les époux ont expressément ou tacitement choisie comme loi du régime ? Cette question engage le débat sur le rattachement de l'immutabilité à la loi du régime, que nous allons maintenant étudier.

CHAPITRE III

L'IMMUTABILITÉ DU RÉGIME MATRIMONIAL DÉPEND-ELLE DE LA LOI DU RÉGIME ?

La Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation, dans un arrêt du 4 juin 1935, a assimilé l'immutabilité aux autres règles de fond du régime matrimonial et décidé que la possibilité ou l'impossibilité de modifier les conventions matrimoniales dépend de la loi sous l'empire de laquelle les époux ont placé ou sont réputés avoir placé leur régime matrimonial (1).

Les faits de l'espèce déférée au tribunal cantonal de Strasbourg, contre le jugement duquel un pourvoi avait été formé, étaient simples. Le 13 juillet 1911, avait été célébré à Paris le mariage de M. et Mme Zelcer, tous deux de nationalité polonaise, mais domiciliés à Paris à cette époque. Aucun contrat de mariage n'avait été rédigé. Le 18 mai 1925, les époux Zelcer, devant un notaire de Belgique, adoptèrent comme régime matrimonial la séparation de biens, et ils inscrivirent leur contrat sur le registre matrimonial de Strasbourg, où ils étaient alors domiciliés, le 6 août 1928. En 1932, des créanciers du mari firent pratiquer une saisie mobilière ; la dame Zelcer les assigna en nullité de cette procédure, faisant valoir que le

(1) Cass. Req., 4 juin 1935, D. 1936. 1. 7., n. SAVATIER, — S. 1936. 1. 377, n. NIBOYET; CLUNET, 1936. 398. n. J. PERROUD; — *Rev. crit. de dr. intern.* 1936. 755, n. BASDEVANT. — En ce sens, Paris, 28 juin 1937, *Gaz. Pal. Journ. quot.* 9 février 1938, sommaire; — *Gaz. Trib.*, 28 décembre 1937.

meuble saisi lui appartenait en propre et qu'elle était séparée de biens. Ce litige de minime importance posait deux questions de principe : sous quel régime les époux Zelcer devaient-ils être réputés mariés en 1911 ? Avaient-ils pu valablement adopter en 1925 la séparation de biens ?

Sur le premier point, la décision de la Cour suprême est conforme à la jurisprudence constante ; à défaut de contrat, le régime matrimonial est déterminé par la loi implicitement choisie par les époux dont il appartient aux juges de découvrir l'intention ; en l'espèce, les époux Zelcer ont été justement réputés par le tribunal de Strasbourg s'être référés au régime matrimonial français.

Seul, le second point de l'arrêt nous intéresse ici, le lien que la Cour de Cassation établit entre le régime matrimonial et l'immutabilité. « Attendu », dit l'arrêt, « que le tribunal a pu décider, en se fondant, à défaut d'autres circonstances, sur le fait que les époux Zelcer, lors de leur mariage à Paris, y étaient domiciliés, qu'ils sont réputés s'être référés au régime matrimonial français qui comporte pour eux, à défaut de contrat de mariage, la soumission au régime de la communauté légale et la défense de modifier ce régime par une convention postérieure ».

La brièveté des motifs de l'arrêt de la Chambre des Requêtes n'empêche pas l'argumentation sous-jacente de transparaître. Elle est d'ailleurs lumineusement exposée dans le rapport de M. le Conseiller Pilon (2). Le statut matrimonial du Code civil forme un tout. Ce tout comprend la réglementation du régime légal proprement dit, mais aussi le cadre de principes qui enserme ce régime. Il y a, entre l'un et l'autre, une convenance réciproque. Si un législateur estime que les époux peuvent changer de régime au cours du mariage, il ne construira pas le régime matrimonial de la même manière que s'il le veut immuable, et réciproquement. L'unité de régime légal, voulue par Dumoulin, affirmée traditionnellement par notre jurisprudence, exige que des époux ne puissent être soumis au statut matrimonial français d'une façon fragmentaire. Ils ont le droit de s'y soumettre ou d'y échapper, mais ils ne peuvent

(2) V. D. 1936. 1. 7.

le diviser arbitrairement, adopter parmi ses règles celles qui leur conviennent, rejeter celles qui les gênent. Le raisonnement, limité au régime légal en raison de l'espèce, conserve son entière valeur dans toutes les hypothèses. Si des époux étrangers se sont soumis, expressément ou tacitement, à la loi française, l'immutabilité s'impose à eux ; le régime matrimonial peut, au contraire, être modifié si la loi choisie par les époux le permet. Il est logique et utile, sinon nécessaire, de ne pas scinder le statut matrimonial, d'appliquer par conséquent aux conventions matrimoniales et à l'immutabilité, qui est une condition de leur validité, une loi unique. Cette solution présente des avantages certains et évidents. La Cour de Cassation lui apporte désormais l'appui de sa haute autorité ; cependant, elle n'a été proposée pendant longtemps que par un petit nombre d'auteurs (3) et quelques tribunaux seulement l'avaient consacrée (4).

On soulève contre elle de graves objections. La plus sérieuse n'est que l'expression, dans ce cas particulier, de la théorie générale des adversaires de l'autonomie de la volonté. Le principe d'immutabilité est, en droit interne, une disposition impérative ; la possibilité ou l'impossibilité de modifier le régime matrimonial doit donc échapper, sur le plan international, à l'autonomie de la volonté dont la jurisprudence la fait dépendre indirectement. Le débat se trouve ainsi étendu et relié à la controverse sur la délimitation du domaine de la loi d'autonomie. La règle de l'autonomie de la volonté qui domine, en droit international, toute la théorie des conflits de lois relatifs aux contrats, peut-elle s'appliquer même à des matières qui sont, en droit interne, soustraites à la liberté de décision des parties (5) ? Il y a quelques années à peine, la majorité

(3) JAY, *De l'immutabilité des conventions matrimoniales en droit international*, CLUNET, 1885, p. 547 et suiv. ; — de BÆCK, note, D. 87. 2. 121 ; — DESBOIS, note, D. 1929. 2. 84.

(4) Trib. civ. Marseille, 23 avril 1901, CLUNET, 1902. 839 ; — Pau, 17 novembre 1932, D. 1932. 2. 161, n. CHAUVEAU ; — Alger, 9 février 1910, *Rev. de dr. intern.*, 1913. 103 ; — Trib. civ. Strasbourg, 15 octobre 1923, *Rev. de dr. intern.* 1924. 223.

(5) V. sur cette question en sens divers. AUBRY *Le domaine de l'autonomie en dr. int. pr.*, CLUNET, 1896, p. 465 à 481 et 721 à 745 ; — DREYFUS. *De l'acte juridique en dr. intern. pr.*, thèse, Paris, 1904 ; — NIBOYET, Ma-

de la doctrine considérait que la volonté dans le commerce mondial n'a pas le pouvoir de réaliser ce qu'elle ne peut faire en droit interne. Dans l'ordre intérieur, écrivait M. Niboyet, si large que l'individualisme du Code civil fasse la part de la volonté humaine, l'autonomie de la volonté n'existe pas, mais seulement la liberté des conventions dans le cadre tracé par la loi à l'activité des parties. Cette idée se traduit par la distinction des règles interprétatives ou supplétives et des règles impératives ou prohibitives. En droit international, il en va de même. La loi dite d'autonomie, choisie par les parties, ne peut s'appliquer que sur les points réglés par des dispositions supplétives, et non sur ceux qui sont réglés par des dispositions impératives. La volonté des contractants ne doit pas être élevée au rang de pouvoir parallèle à celui du législateur. Les parties n'ont pas à résoudre elles-mêmes un conflit de lois, à choisir la loi de rattachement de leur contrat. Elles jouissent seulement de la liberté des conventions dans le cadre de la loi compétente déterminée par le souverain lui-même. Au-dessus de leur volonté, en droit international comme en droit interne, la loi trace le cadre de leur activité. La volonté est impuissante à créer du droit à l'encontre de la loi. Ce système était déjà soutenu avant même que M. Bartin eût formulé l'axiome que le droit international n'est que la projection du droit interne sur le plan international. Dès 1896, M. Aubry écrivait, en se servant d'une formule pittoresque, que « la loi de l'acte ne peut servir de pavillon neutre pour faire passer des marchandises de contrebande ».

nuel, n° 633 et suiv.; — NIBOYET, *La théorie de l'autonomie de la volonté*, Cours de l'Académie de La Haye, 1927, t. I, p. 1 à 116; — ANDRÉ AUDINET, *Du conflit des lois impératives ou prohibitives en matière de contrats*, thèse, Poitiers, 1922, p. 151; — CALEB, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en dr. intern. pr.*, thèse, Strasbourg, 1927; — BARTIN, *Principes*, § 74 et suiv.; — PILLET, *Tr. prat.*, t. 2, n°s 476 à 539; — KAYSER, *L'autonomie de la volonté en droit intern. pr. d'après la jurisprudence française*, CLUNET, 1931-32; — PLANIOL et RIPERT, *Tr. prat. de droit civil*, t. 6, par P. ESMEIN, n° 462 et suiv.; — PERROUD, *De la loi applicable aux conditions de validité des contrats*, CLUNET, 1933. 289; — LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, 3^e éd., n°s 247 et suiv.; — Pierre WIGNY, *La règle de conflit applicable aux contrats*, Rev. de dr. intern. et de législation comparée, 1933, p. 677.

Ces considérations partent d'un point de vue excellent. Néanmoins, la jurisprudence, sans distinguer entre les règles impératives et interprétatives, s'appuie sur la volonté ou sur les présomptions de volonté pour déterminer la loi applicable, et permet en outre à la volonté d'écarter certaines règles qui seraient impératives au regard de contrats d'ordre interne (6). La doctrine la plus récente approuve ces solutions (7). En effet, les auteurs qui restreignent l'empire de la loi choisie par les parties sont amenés à appliquer à un rapport contractuel unique des lois différentes. Ils séparent les divers éléments des obligations et rattachent chacun d'eux à une loi interne différente, celle qui leur paraît le mieux lui convenir. On aboutit ainsi, pour employer l'expression disgracieuse des internationalistes, au « dépeçage » du contrat. On complique à l'extrême, on parsème d'embûches le droit international.

L'analyse juridique du droit des obligations implique la soumission du contrat, en principe, à une loi unique. Elle implique également, ainsi que l'écrit M. Lerebours-Pigeonnière, « la prise en considération de la volonté pour la détermination de cette loi, même en ce qui regarde les règles impératives veillant à la loyauté de l'acte juridique » (8). Si le contrat est une institution complexe, son esprit général est de servir la volonté. « Les règles qui maintiennent la loyauté de l'accord et rassurent le crédit », poursuit M. Lerebours-Pigeonnière, « sont inséparables de la considération des usages, des pratiques, des intentions normales, donc intimement mêlées à la préoccupation de l'utile et à l'interprétation des volontés, et il ne s'agit pas de permettre au commerce international de soustraire des actes juridiques aux règles de la loyauté, mais seulement de lui permettre d'apprécier lui-même, (ou de charger les tribunaux d'apprécier pour lui) quelle loi dans son ensemble est la plus facile à suivre ». Mais l'unité que l'on

(6) V. notamment, Cass. Civ., 17 mai 1927, D. 1928. 1. 25, n. CAPITANT, — S. 1927. 1. 289, n. ESMEIN.

(7) LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, n° 250; — PERROUD, *De la loi applicable aux conditions de validité des contrats*, CLUNET, 1933. 289; — Pierre WIGNY, *La règle de conflit applicable aux contrats*, Rev. de dr. intern. et de législation comparée, 1933, p. 677.

(8) LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, 3^e éd., n° 250.

poursuit ainsi est d'avance rendue impossible, objecte M. Savatier (9). Il est, en effet, et nul ne le conteste, certains éléments d'un contrat qui ne peuvent échapper à des règles imposées par la nature des choses, par exemple, la capacité des parties à leur loi nationale, la forme de l'acte à la loi du lieu, la transmission des biens à la loi du lieu de leur situation. Dès lors, puisque l'indivisibilité du contrat est une utopie, déclarent les partisans du dépeçage, le problème qui se pose n'est pas un problème de division, mais de répartition (10). Il ne s'agit pas de savoir si le contrat peut être ramené à une loi unique, et à laquelle, mais de déterminer le domaine respectif des différentes lois auxquelles, nécessairement, il ressortit.

L'objection n'est pas décisive. Certes, les éléments du contrat ne sont pas absolument indivisibles. Mais le dépeçage entendu de façon abstraite, sans préoccupation d'intention et d'utilité, tel qu'on voudrait le pratiquer, méconnaît les liens qui unissent les éléments du contrat et menace l'homogénéité de l'acte. On trahit l'intention des parties et la nature des choses en écartelant le contrat entre des lois diverses. Le contrat constitue une unité qu'il est préférable de ne pas rompre.

Au surplus, le commerce international a des exigences ignorées des lois internes. On doit en tenir compte pour le règlement des conflits de lois. Les circonstances dans lesquelles il intervient peuvent ne pas correspondre aux prévisions normales du droit interne. Pourquoi n'aurait-il pas des tolérances justifiées par ses difficultés propres ? (11).

Il n'est d'ailleurs peut-être pas impossible de justifier en raison le rôle de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle (12). Pourquoi ne dit-on pas que la règle de conflit relative aux obligations conventionnelles se formule de la même façon que le principe de la liberté des conventions en droit interne ? Le souverain seul peut déterminer la loi compétente sur le plan international. Mais il est libre de s'en rapporter

(9) SAVATIER, note, D. 1936. 1. 7.

(10) SAVATIER, note, D. 1936. 1. 7.

(11) LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, 3^e éd., n° 250.

(12) PIERRE WIGNY, *La règle de conflit applicable aux contrats*, Rev. de dr. intern. et de législation comparée, 1933. 677.

à la volonté des contractants dont il ratifiera le choix. On s'explique que le choix de la loi compétente soit abandonné, en matière contractuelle, à la volonté des individus. Le législateur détermine en cas de contestation les droits respectifs des parties, mais il a le devoir de prévenir les contestations. Or, le principe de l'autonomie de la volonté est seul assez souple pour donner une entière sécurité aux parties, pour leur permettre de contracter toujours sous l'empire de la loi qu'elles connaissent le mieux. L'importance de cet avantage pratique est une raison assez déterminante pour justifier le rôle de ce principe en matière contractuelle.

Il n'est pas nécessaire de dire que le choix des parties détermine la loi compétente pour tout ce qui excède le domaine normal de l'autonomie de la volonté. Il peut suffire de dire qu'une loi ayant été choisie par les parties pour ce qui constitue l'essentiel du contrat, il est logique et utile de l'étendre au reste. Au surplus, prétendre que l'autonomie de la volonté enlève aux lois internes leur caractère impératif, nous semble faire une confusion entre la règle de conflit et la loi interne compétente. La volonté des parties joue un certain rôle dans l'élaboration de la règle de conflit, mais son influence en droit interne n'est pas augmentée. Lorsqu'il s'élève un conflit de lois en matière contractuelle, selon les uns, le législateur détermine la loi applicable, selon les autres, cette loi est déterminée par le choix des parties. Quelle que soit l'issue de cette discussion, quelle que soit la teneur de la règle finalement adoptée, on ne modifie pas le rôle de la volonté en droit interne. Car, la loi compétente une fois déterminée — soit par le législateur, soit par la volonté des parties, — les contractants devront, en tout cas, en respecter ses prescriptions impératives et ne pourront se dérober qu'à ses dispositions facultatives. Ne permet-on pas ainsi de tourner les dispositions impératives de la loi interne ? Sans doute, mais toute règle de conflit, même obligatoire, laisse une certaine latitude aux parties, par exemple la compétence reconnue à la *lex loci contractus* leur laisse la faculté de conclure le contrat dans un autre pays ; les inconvénients de cette liberté sont tempérés par le principe de la fraude à la loi.

Les arguments d'ordre général que nous venons d'exposer

s'appliquent au régime matrimonial et à l'immutabilité. L'intérêt, sinon la nécessité, de soumettre le régime matrimonial à une loi unique, est aussi évident que celui de maintenir l'unité d'un contrat quelconque. M. Niboyet lui-même, bien qu'il refuse d'admettre que la possibilité ou l'impossibilité de modifier le régime matrimonial dépende de la loi choisie par les époux, est obligé de convenir qu'il serait déraisonnable et inopportun d'appliquer au régime en général et à l'immutabilité deux lois distinctes (13). L'immutabilité a pour but de maintenir l'intangibilité du pacte familial, c'est-à-dire du régime initial auquel elle est donc intimement liée ; on ne doit pas l'en isoler. Le caractère impératif du principe d'immutabilité en droit interne n'est pas un obstacle à ce que la possibilité ou l'impossibilité de modifier le régime matrimonial dépende de la loi sous l'empire de laquelle les parties ont placé leur régime.

Les autres objections soulevées contre la solution de la jurisprudence sont de moindre intérêt. L'immutabilité, dit-on, n'est pas un effet du régime ; la règle édictée par les articles 1394 et 1395 domine tous les régimes (14). Nous venons de montrer que le principe d'immutabilité, bien que s'appliquant en effet à tous les régimes, est lié aux conventions matrimoniales dont il a pour but d'assurer l'intangibilité.

Faire dépendre l'immutabilité de la loi applicable au régime, c'est, selon certains auteurs, s'enfermer dans un cercle vicieux et créer d'inextricables difficultés (15). Pour savoir si les époux peuvent ou non modifier leur régime, on doit rechercher à quelle loi ils ont entendu se soumettre, au moins lorsqu'ils ne se sont pas référés expressément à telle ou telle loi. Dans cette recherche de leur intention, tient-on compte des circonstances postérieures au mariage susceptibles de révéler leur volonté ? On admet donc qu'ils puissent modifier leur régime au cours du mariage, avant de connaître la loi compétente pour déterminer si ce régime est ou non immuable. Repousse-t-on ces circonstances ? Les juges ont alors *a priori* l'idée

(13) NIBOYET, note, S. 1936. 1. 377.

(14) V. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, 3^e éd., n° 340.

(15) CALEB, *Essai sur l'autonomie de la volonté en dr. inter. privé*, thèse Strasbourg, 1927, p. 344.

d'appliquer la loi française proclamant l'immutabilité. Ceci nous semble exagéré. Il faut en effet déterminer d'abord la loi applicable au régime matrimonial. Mais il est possible de le faire sans prendre parti *a priori* sur l'immutabilité du régime. En fait, la jurisprudence tient compte surtout, dans la recherche de l'intention des époux, des circonstances concomitantes au mariage, mais elle a égard, s'il y a lieu, aux faits postérieurs dans la mesure où ils peuvent renseigner les juges sur « la force respective des présomptions justifiées par les circonstances concomitantes du mariage » (16) et où ils impliquent la conviction des époux d'être mariés sous tel ou tel régime.

Les objections soulevées contre elle pouvant être ainsi réfutées, nous croyons que la solution admise par la Cour de Cassation est la meilleure. La possibilité ou l'impossibilité de modifier le régime matrimonial dépend de la loi applicable au régime, suivant la volonté formelle ou présumée des époux. Ce rattachement de l'immutabilité à la loi du régime permet d'appliquer aux étrangers mariés sous un régime français, souvent sans contrat parce que leur domicile matrimonial est en France, la règle impérative de l'immutabilité, et, au contraire, d'y soustraire les étrangers mariés sous un régime étranger n'imposant pas l'immutabilité et qui, s'établissant en France, souhaiteraient adopter dans l'avenir notre communauté. La solution de la jurisprudence est donc conforme à l'intérêt français. Mais elle présente surtout l'immense avantage « de réaliser l'unité des réglementations du régime matrimonial en droit international » (17) et c'est là l'argument décisif en sa faveur.

(16) Trib. civ. de la Seine, 11 mai 1933, *Rev. crit. de dr. intern.* 1934. 134.

(17) LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, n° 340 *in fine*.

CHAPITRE IV

LIMITES DE LA SOLUTION ADMISE

Nous avons raisonné jusqu'ici comme si la solution admise pour le règlement des conflits de loi relatifs à l'immutabilité du régime matrimonial pouvait être étendue à toutes les hypothèses de rapports internationaux. N'est-elle pas, cependant, limitée par le jeu habituel de l'ordre public et de la fraude à la loi ?

I. — L'ORDRE PUBLIC

On sait que le principe d'ordre public est invoqué pour écarter l'application d'une loi étrangère, compétente selon les règles normales des conflits de lois, mais dont les dispositions particulières sont contraires à l'ordre politique et social français.

L'ordre public s'oppose-t-il à l'application en France d'une loi étrangère autorisant les changements de régime au cours du mariage ? On l'a prétendu (1), et cette opinion a été consacrée par quelques rares décisions de jurisprudence (2).

(1) SURVILLE, *Cours élémentaire de dr. intern. pr.*, n° 368; — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 121; — VALÉRY, *Manuel de dr. intern. pr.*, n° 796;

(2) Amiens, 9 février 1926, CLUNET, 1927, p. 388; — Trib. rég. de Strasbourg, 15 octobre 1923, D. 1924. 2. 43.

CONTRA : Colmar, 28 mars 1928, D. 1929. 2. 84, n. DESBOIS; — Pau, 17 novembre 1932, D. 1932. 2. 161; — Lyon, 26 mars 1934, *Rev. crit. de dr. intern.*, 1935. 461.

L'immutabilité du régime matrimonial tend à maintenir la paix et l'harmonie dans les ménages, à assurer le respect des intérêts familiaux. Elle a surtout pour but de protéger les tiers ; ceux-ci ont dû compter sur l'application du régime établi lors du mariage, ils risquent d'être trompés dans leur attente légitime et la sécurité du crédit peut être compromise, si ce régime est remplacé par un autre contrairement aux dispositions de la loi française.

La réponse est aisée. Tout d'abord, le législateur français ne s'occupe que de ses nationaux. Il a craint que la faculté de modifier les conventions pécuniaires au cours du mariage ne compromette l'union et les intérêts de la famille ; si les législateurs étrangers n'ont pas cru devoir protéger sur ce point leurs nationaux dont ils connaissent le caractère et le tempérament, les juges français n'ont pas à intervenir. Quant aux tiers, la situation des tiers français, lorsqu'ils traitent avec des étrangers, est, d'une façon générale, loin d'être aussi favorable que lorsqu'ils traitent avec leurs compatriotes. Qu'y a-t-il de surprenant à ce que cet état d'infériorité habituelle se révèle dans les rapports des Français avec les époux de nationalité étrangère aussi bien que dans leurs rapports avec tout autre étranger ? L'objection porte trop loin. Nos nationaux ne sauraient se faire de considérations d'ordre public « comme un mol oreiller sur lequel ils reposeraient leur négligence » (3).

On a proposé parfois de n'exclure en vertu de l'ordre public que les législations étrangères qui admettent le changement de régime sans publicité (4). La transaction est ingénieuse ; elle n'est pas satisfaisante (5). Le tiers assez perspicace pour déceler la loi régissant les intérêts pécuniaires des époux le sera généralement assez pour savoir si cette loi organise ou non une publicité ; or, une solution unique est toujours préférable lorsqu'elle est possible.

En réalité, l'ordre public ne doit être invoqué qu'exceptionnellement ; certes, il faut protéger le crédit public, mais il s'en

(3) De BÆCK, note, D. 87. 2. 123.

(4) CHAUVEAU, note, D. 1932. 2. 161.

(5) BATIFFOL, *La notion d'ordre public*, Rev. crit. de dr. intern., 1934. 610.

faut que la loi française doive s'appliquer de plein droit chaque fois qu'il est intéressé, trop d'institutions le touchent de près ou de loin ! Or, l'immutabilité, si elle le met en jeu, est aussi fondée sur d'autres motifs : la crainte d'un abus d'influence de l'un des époux, le respect de la volonté des parents, toutes matières où le crédit public n'a que faire et où les principes de morale ne sont pas assez directement engagés pour que l'intransigeance s'impose (6). D'ailleurs, ceux-là mêmes qui considèrent le principe d'immutabilité comme une règle d'ordre public sont contraints d'admettre que les conventions faites après le mariage dans un pays où cela est licite produisent leurs effets en France malgré le préjudice qui pourrait en résulter pour les tiers. Pourquoi en serait-il autrement lorsque ces conventions seraient conclues en France ?

Il faut observer toutefois que les époux qui voudraient user en France du droit de modifier leur régime matrimonial, lorsque ce droit leur est reconnu par la loi compétente, se heurteraient à des obstacles. Tout d'abord, ils devraient passer le contrat devant le consul de leur pays, à moins que la loi ne leur permette de le faire sous seing privé. Un notaire français ne consentirait sûrement pas à dresser un acte dans des conditions contraires à la loi française (7).

La question se pose surtout de savoir comment les époux satisferaient aux exigences de publicité de la loi étrangère. Dans les pays où ils sont autorisés, les changements de régime doivent être rendus publics. En France, où ils sont interdits, aucun système de publicité n'est prévu. Comment assurer une publication conforme aux exigences de la loi étrangère en cause ? Il semble impossible de le faire en France. Doit-on dès lors considérer que la publicité faite sur le territoire de l'Etat dont la loi compétente a pris soin de l'organiser est suffisante ?

(6) En ce sens : de BÆCK, note, D. 87. 2. 123 ; — BEAUCHET, note, S. 86. 4. 9 ; — BEAUCHET, *De l'immutabilité des conventions matrimoniales en droit international privé*, CLUNET, 1884. 39 ; — DESBOIS, note D. 1929. 2. 84 ; — CHAUVEAU, note, D. 1932. 2. 161 ; — NAST, note, D. 1924. 2. 43 ; — SAVATIER, note D. 1936. 1. 7. (p. 11, col. 2) ; — NIBOYET, note, S. 1936. 1. 377 ; — BATIFFOL, *La notion d'ordre public*, Rev. crit. de dr. intern., 1934. 610.

(7) AUDINET, *Des conflits de lois relatifs aux effets patrimoniaux du mariage*, Cours de l'Académie de La Haye, 1933, p. 23 et suiv.

Dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 4 juin 1935, cette question ne se posait pas. La modification du régime, en effet, avait été convenue en Alsace-Lorraine, où s'applique encore la législation germanique qui organise la publicité des changements de régime. Mais, dans le reste de la France, il peut y avoir là un obstacle sérieux à l'exercice par les époux du droit de modifier leur régime.

II. — LA FRAUDE A LA LOI

La fraude à la loi est, en droit international, l'intention de violer une loi contenant une disposition impérative ou prohibitive à laquelle on veut échapper (8). Cette fraude fait échec à l'application d'une loi étrangère toutes les fois que les Français se sont placés sous l'empire de cette loi, non pour l'utiliser normalement, mais uniquement dans le but de « tourner » la loi française. L'autorité des lois d'un pays serait singulièrement diminuée si le droit international offrait aux individus un moyen de se soustraire aux lois gênantes en profitant de la diversité des législations pour se placer sous l'empire de celle dont le contenu répond à leurs désirs.

La théorie de la fraude à la loi est susceptible de recevoir son application ici comme en d'autres matières. Il est possible que des Français ne placent leurs conventions matrimoniales sur un plan en apparence international — soit en se faisant naturaliser, soit en choisissant un régime étranger, suivant l'opinion admise pour le règlement du conflit de lois — que dans l'intention dominante d'échapper aux exigences des articles 1394 et 1395. Les tribunaux, appréciant cet élément psychologique qui constitue ici la fraude, devraient décider qu'il ne sera pas tenu compte de la loi étrangère compétente dans ces conditions. Il n'est pas certain d'ailleurs que la mise en œuvre du principe de la fraude à la loi sera toujours suffisante pour déjouer l'ingéniosité des époux.

(8) NIBOYET, *Manuel*, n° 456 et suiv.; — BARTIN, *Etudes*, p. 245; — LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, n° 262 et suiv.; — DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, thèse, Paris, 1927.

CONCLUSION

Certains auteurs, nous l'avons dit, considèrent le principe de l'immutabilité du régime matrimonial comme un anachronisme, et ne lui ménagent pas les critiques.

M. de Monzie a déposé en 1930 sur le bureau de la Chambre une proposition de loi tendant à la suppression de l'article 1395, sous réserve de quelques dispositions, suggérées d'ailleurs par MM. A. Colin et Capitant, et destinées à sauvegarder les intérêts de la famille et des tiers : nécessité du consentement des parents parties au contrat initial, extension aux changements volontaires du régime du système de publicité prévu actuellement pour la séparation de biens judiciaires.

On invoque en faveur de cette réforme l'exemple de certaines législations étrangères. A la vérité, le droit mondial est divisé en ce qui concerne l'immutabilité du régime matrimonial (1).

Il est des pays où la question de l'immutabilité du régime ne se pose pas, ce sont ceux où la liberté des conventions matrimoniales est, soit très restreinte, soit même inexistante. Il en est ainsi, par exemple, aux Etats-Unis, où le régime légal est

(1) V. sur cette question, ROGUIN, *Traité de droit civil comparé* (1905), p. 865 et suiv.; — CHAMPCOMMUNAL, *Les intérêts pécuniaires des époux en droit comparé*, Répert. gén. prat. du notariat et de l'enregistrement, 1931, I, p. 449; — BOURBOUSSON, *Le mariage, les régimes matrimoniaux et les successions dans les cinq parties du monde* (1934).

la séparation de biens, en Suède, où, d'après la loi du 11 juin 1920, il ne peut exister d'autre régime que celui de séparation de biens, dans la République des Soviets, où un seul régime, qui est, depuis 1927, une combinaison des règles de la séparation de biens et de celles de la communauté, est imposé à tous, suivant la tendance de la nouvelle législation russe qui restreint volontiers le rôle de la volonté individuelle dans la vie juridique (2).

Quant aux législations qui consacrent la liberté des conventions matrimoniales (3) certaines ont adopté et conservent, ainsi que la nôtre, le principe de l'immutabilité du régime matrimonial ; ce sont surtout les législations dites latines et dont la plupart sont nettement inspirées de notre Code Civil. Ainsi le principe d'immutabilité est en vigueur : en Italie (C. civ., art. 1382) (4), en Belgique (C. civ., art. 1395), aux Pays-Bas (C. civ., art. 204), au Portugal (C. civ., art. 1105), en Espagne (C. civ., art. 1321), en Roumanie (C. civ., art. 1270), en Yougoslavie, au Canada, et dans les Etats de l'Amérique latine, Argentine (C. civ., art. 1253), Brésil (C. civ., art. 258), Chili (C. civ., art. 1722).

Certaines législations, par contre, laissent aux époux la faculté, tantôt absolue, tantôt soumise à des conditions variées d'apporter, au cours du ménage des modifications à leur régime matrimonial. En Angleterre (5), autant qu'on puisse préciser les dispositions du droit anglais, de formation essentiellement jurisprudentielle, les contrats de mariage, fréquents, ne sont pas obligatoirement rédigés avant le mariage. S'ils sont postérieurs à la célébration du mariage, ils sont sans valeur en droit strict, mais produisent effet en *equity* à condition d'avoir un fondement raisonnable ; les tribunaux ont ainsi une sorte de pouvoir discrétionnaire qui leur permet de valider

(2) Les Codes de la Russie soviétique, *Nouveau Code des lois sur le mariage, la famille et la tutelle*, traduit par J. PATOUILLET (1929), Introduction.

(3) V. ROGUIN, *Traité de droit civil comparé* (1905), p. 865.

(4) STOLFI, *Diritto civile*. (1921), vol. V, *Diritto di famiglia*, n° 451.

(5) LEHR, *Eléments de droit civil anglais* (1906), n°s 184 et 186 ; — *Digeste du droit civil anglais*, par E. JENKS, GELDART, LEE, HOLDSWORTH, etc., traduit par BAUMANN et GOULÉ (1923).

ces arrangements matrimoniaux. On sait aussi que les époux anglais peuvent passer amiablement, sans être obligés de recourir aux tribunaux, un contrat de séparation — *separation deed* — qui règle leurs nouveaux rapports pécuniaires.

En Danemark, le contrat rédigé au cours du mariage est licite, mais il doit être approuvé par le Roi (l. 7 avril 1899, art. 3) : Le Code civil chinois de 1930 permet également aux époux de rédiger leur contrat soit avant, soit après le mariage et de modifier au cours de leur union le régime d'abord adopté. Il en est de même en Hongrie et en Autriche. La liberté de modifier les conventions matrimoniales au cours du mariage s'est même introduite dans les pays latins. Le nouveau Code civil du Mexique, promulgué en 1932, décide que le choix offert aux époux entre les deux régimes prévus de la société conjugale et de la séparation de biens peut toujours librement s'exercer et que les conjoints ont la faculté de passer de l'un à l'autre régime, en tout ou en partie, au cours du mariage.

Mais les deux législations contraires à la nôtre que l'on propose en exemple en faveur de la suppression du principe d'immutabilité sont surtout le Code civil suisse et le Code civil allemand.

L'article 1432 du Code civil allemand est ainsi conçu (6) : « Les époux peuvent régler par contrat de mariage leurs rapports quant aux biens ; spécialement, ils peuvent, même après le mariage, dissoudre ou modifier le régime de leurs biens. »

Ainsi, les époux allemands ont la liberté absolue de passer durant le mariage de l'un à l'autre des quatre types de régimes conventionnels : séparation de biens, communauté universelle, communauté de meubles et d'acquêts, communauté d'acquêts, ou du régime légal de communauté d'administration à l'un de ceux-ci, ou encore de combiner les règles de ces différents régimes.

Pour assurer la sécurité du crédit public et la protection des tiers, le législateur allemand de 1900 a organisé un système de publicité.

Un registre matrimonial est tenu au tribunal cantonal (*Amts-*

(6) Code civil allemand et loi d'introduction promulgués le 18 août 1896 pour entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1900, traduits et annotés par O. de MEULENÈRE (1897).

gericht). Les inscriptions doivent se faire sur le registre du tribunal cantonal dans le ressort duquel le mari a son domicile (art. 1558, C. civ.) et elles doivent être renouvelées au registre du nouvel arrondissement au cas de transfert de domicile (art. 1559). L'inscription ne peut se faire que sur requête, dressée en la forme authentique, et dans la mesure seulement où elle est requise (art. 1560). La requête doit être en principe présentée par les deux époux, chacun d'eux étant obligé vis-à-vis de l'autre d'y concourir (art. 1561). *L'Amtsgericht* publie l'inscription par la voie du journal destiné à ses publications (art. 1562). L'inspection du registre est permise à toute personne, et chacun peut exiger une copie de l'inscription (art. 1563).

Quelle est la sanction de ce système de publicité ? L'article 1435 du Code civil allemand dispose : « Si, par contrat de mariage, le droit d'administration ou de jouissance du mari a été supprimé ou modifié, on ne peut, à l'égard d'un tiers, se fonder sur cette suppression ou modification pour s'opposer aux effets d'un acte juridique passé entre ce tiers et l'un des époux ou encore aux effets d'un jugement rendu entre lui et l'un des époux, que si, à l'époque de l'acte ou du jugement, cette suppression ou modification était inscrite au registre matrimonial de l'*Amtsgericht* compétent ou si le tiers la connaissait autrement. Il en est de même lorsque la réglementation des rapports pécuniaires entre époux (le régime matrimonial) primitivement inscrite au registre a été supprimée ou modifiée après coup par un contrat de mariage. »

Le législateur allemand admet donc, d'une part, que les tiers ne doivent être protégés que dans la mesure de leur bonne foi, d'autre part, que, le régime véritable leur étant resté inconnu, on ne doit encore leur venir en aide que dans une mesure restreinte.

Tout d'abord, les inscriptions au registre matrimonial n'ont pas une valeur probatoire exclusive. Si le tribunal cantonal délivre un certificat négatif, mais que les tiers aient eu par un autre moyen — par exemple par la déclaration des époux — connaissance des nouvelles conventions matrimoniales de ceux-ci, le régime non publié mais connu d'eux en fait pourra leur être opposé.

D'autre part, les inscriptions au registre matrimonial n'ont pas une valeur probatoire absolue. Même si le régime matrimonial non publié leur demeure vraiment inconnu, les tiers ne sont protégés que dans une mesure restreinte. La loi les protège contre les effets considérés comme une conséquence directe, immédiate, du changement occulte de régime ; elle ne les protège pas contre les modifications résultant moins d'un changement de régime que de l'exercice du droit de disposition appartenant aux époux. Un exemple éclairera cette distinction. Deux époux répudient le régime légal de communauté d'administration et adoptent la séparation de biens ; ils ne publient pas leur contrat et ne font pas connaître aux tiers leur nouveau régime. Le mari consent un bail sur un immeuble de la femme. Le bail est valable. Ceci est le cas type prévu par l'article 1435 ; la suppression du droit d'administration et de jouissance du mari ne peut être opposée aux tiers que si elle a été publiée ou portée à la connaissance de ces tiers. Par contre, deux époux sont mariés sous le régime légal. Ils lui substituent, par convention occulte, la séparation de biens. Un créancier du mari, à l'échéance du prêt qu'il a consenti, veut saisir les biens de son débiteur, et, ceux-ci étant insuffisants, les biens et revenus personnels de la femme, ainsi que le régime légal de communauté d'administration lui en donne le droit. La femme oppose l'adoption ultérieure de la séparation de biens. Le créancier ne peut pas invoquer l'article 1435 qui ne le protège pas. Il ne s'agit pas de s'opposer aux effets directs que l'acte qu'il a conclu avec le mari doit produire d'après le contrat de mariage. Quel a été l'effet direct du prêt ? Engager personnellement le mari. Cet engagement subsiste. Si la situation du tiers créancier se trouve modifiée, cela provient uniquement de ce que son gage est diminué ; or, un débiteur conserve le droit de disposition de ses biens et ne se porte pas garant vis-à-vis de son créancier de la consistance de son patrimoine. Il appartenait au créancier, s'il voulait s'assurer la garantie de la femme, de faire contracter à celle-ci un engagement personnel.

On voit par ces trop brèves considérations que la sécurité des tiers est assurée en Allemagne de façon assez précaire.

Le législateur suisse s'est très certainement inspiré du Code

civil allemand, mais il a surpassé son modèle et adopté un système de publicité plus simple, pourvu d'une sanction plus efficace (7).

En Suisse, comme en Allemagne, les conventions matrimoniales peuvent être rédigées postérieurement au mariage (art. 179 C. civ.). Mais elles doivent être rédigées par acte authentique, et être en outre, ce qui n'est pas exigé en Allemagne, approuvées par l'autorité tutélaire (art. 181), ceci afin d'éviter que des pressions soient exercées par l'un des époux sur l'autre.

Le contrat de mariage, les décisions judiciaires concernant le régime quant aux biens, les actes juridiques entre époux au sujet des apports de la femme et des biens communs ne sont opposables aux tiers qu'après leur inscription sur un registre matrimonial (art. 248).

Le registre matrimonial est tenu au bureau du registre de commerce, à moins que les cantons n'aient institué des fonctionnaires spéciaux. Chacun a le droit de prendre connaissance du registre et d'en demander des extraits. La publication du contrat de mariage mentionne seulement la nature du régime adopté (art. 251).

L'inscription peut être faite à la demande de l'un seulement des époux (art. 249). Elle a lieu au registre du domicile du mari ; si le mari transporte ailleurs son domicile, elle doit être faite dans les trois mois à ce nouveau domicile, l'inscription faite au domicile antérieur n'ayant plus d'effet trois mois après le changement (art. 250).

A ces conditions, le contrat fait au cours du mariage peut être opposé aux créanciers à venir du ménage, c'est-à-dire à ceux dont les droits naîtront ultérieurement.

Mais ces conditions sont absolument nécessaires. L'originalité et la supériorité du droit suisse sur le droit allemand s'affirment ici. Aucune modification apportée au régime, quelle que soit sa nature, ne peut être opposée aux créanciers si elle n'a été inscrite sur le registre matrimonial. D'autre part, on

(7) V. ROSSEL et MENTHA, *Manuel du droit civil suisse*; — LOUIS BRIDEL, *Droit des personnes et de la famille*, Code civil suisse et Code français comparés (1910), art. 178 et suiv.

ne tient pas compte de la bonne ou de la mauvaise foi des tiers, du fait qu'ils ont connu par d'autres moyens le changement de régime. Connue ou non des tiers en fait, toute modification non inscrite au registre leur est inopposable.

La législation suisse est donc très simple : on tient compte uniquement de l'existence ou de l'absence d'inscription sur le registre matrimonial ; la sanction du défaut de publicité est, dans tous les cas, l'inopposabilité aux tiers.

Le Code suisse apparaît ainsi comme le Code étranger qui, autorisant les changements de régime au cours du mariage, prend les dispositions les plus utiles afin que ces changements ne nuisent ni aux intérêts des époux, ni à ceux des tiers.

Mais l'exemple des législations étrangères ne nous paraît pas convaincant. Le mouvement d'orientation du droit mondial n'est pas assez large. L'immutabilité du régime matrimonial ne présente pas un caractère de nécessité absolue, on comprend très bien qu'elle soit adoptée ici et rejetée là. Ce qui nous semble impossible, c'est de l'isoler des raisons historiques, morales et économiques qui la justifient ou la condamnent, et qui varient suivant les pays.

Pour juger de l'opportunité de la suppression en France de l'article 1395 et de la valeur actuelle du principe d'immutabilité, il nous paraît donc suffisant de reprendre les considérations traditionnellement invoquées en faveur de ce principe et de rechercher, d'une part les inconvénients, d'autre part les avantages qu'il présente, en l'état actuel du droit et des mœurs, pour les époux, la famille et les tiers.

Le principe d'immutabilité, dit-on, apporte une entrave insupportable à la liberté des époux, s'oppose à la conclusion d'opérations juridiques qui pourraient être fort utiles. Il est profondément injuste d'imposer aux époux, pendant toute la durée de l'union conjugale, un statut pécuniaire intangible qui ne peut correspondre à leurs besoins légitimes, variant suivant les périodes.

Nous ne contestons pas que, dans certains cas particuliers, le principe d'immutabilité peut mettre obstacle à des changements conformes aux intérêts légitimes des conjoints. Mais un principe donne une solution générale ; s'il en résulte des conséquences contraires à certains intérêts particuliers, il ne s'en-

suit pas que le principe doive être abandonné alors que son application présente, par ailleurs, des avantages certains.

Or, quelles sont les hypothèses où les époux désirent, en général, modifier leur régime matrimonial ? Des époux communs en biens entreprenant une affaire hasardeuse voudraient établir une séparation de biens ; ou l'un d'eux, recueillant une succession importante, voudrait la soustraire à la masse commune par l'adoption d'une communauté réduite aux acquêts. Croit-on que de tels changements soient conformes à l'esprit de l'association conjugale et à l'intérêt véritable du ménage, qui ne se confond pas avec le caprice des époux ni avec l'intérêt égoïste de l'un d'eux ?

Des époux séparés de biens voudraient constituer une société pour suppléer à la société d'acquêts primitivement omise. Il est indéniable que la prohibition jurisprudentielle de ces sociétés entre époux nuit à de réels besoins. Mais l'application erronée de l'article 1395 ne suffit pas à ébranler la valeur du principe d'immutabilité. Il ne faut pas rendre la législation responsable des inconvénients causés par la sévérité de la jurisprudence. D'ailleurs, les tribunaux ont surtout fondé la nullité des sociétés entre époux sur la puissance maritale. Les inconvénients qu'entraîne en cette matière la solution jurisprudentielle ne peuvent donc être mis au passif du principe d'immutabilité.

Il reste que, dans l'immense majorité des cas, les conjoints qui se plaignent de ne pouvoir modifier leur régime sont mariés sous le régime dotal. L'entrave qui leur semble alors insupportable, ce n'est pas l'immutabilité, c'est la dotalité. Et il est de la nature même de la dotalité, de son essence, d'être une prison. La dot ne peut demeurer le noyau indestructible de la fortune de la famille, et le régime dotal un régime de sécurité familiale, que grâce à l'inaliénabilité dotale, car l'expérience prouve que, si la femme ne s'est pas rendue par son contrat incapable de s'obliger, elle se trouve ruinée quand le mari l'est lui-même. Nous n'avons pas à rechercher si le régime dotal est un mal ou un bien ; ceci est une tout autre question que l'immutabilité du régime matrimonial. Mais on peut se demander comment la faculté de changer de régime que l'on voudrait accorder aux époux se concilierait avec le maintien de l'inaliénabilité dotale.

Il est d'ailleurs une constatation qui mérite ici une attention particulière. La guerre de 1914 a provoqué dans tous les domaines, et notamment dans le domaine économique général et dans la situation financière des individus, plus qu'une évolution accélérée, une véritable révolution. Il n'est pas douteux que des ménages mariés il y a vingt-cinq ou trente ans, et surtout ceux qui avaient adopté le régime dotal aient pu avoir un légitime intérêt à abandonner depuis la guerre un régime ne leur laissant pas, à une époque de mobilité extrême des capitaux, une assez grande liberté d'action. Bien que l'on puisse se demander si les femmes dotales eussent toujours fait une bonne opération en renonçant à la dotalité pour convertir leurs immeubles en valeurs mobilières, il est certain que le principe d'immutabilité semble une entrave particulièrement gênante en un temps où le besoin de liberté se fait sentir avec une acuité toute spéciale.

Mais une révolution n'est pas un état stable et ne peut se prolonger indéfiniment. Un rythme plus normal doit être repris un jour. Pendant une très longue période de notre histoire, le principe d'immutabilité a, sans sacrifier les besoins des époux, assuré de façon utile et simple la protection des intérêts de la famille et la sécurité du crédit public. Ne serait-il pas téméraire, pour satisfaire aux besoins d'une époque troublée, de supprimer une institution qui, pendant des siècles, a fait preuve de son opportunité ?

Au surplus, il convient de ne pas exagérer la rigueur du principe d'immutabilité. L'atteinte certaine qu'il porte à la liberté des époux est restreinte. Les mandats et les donations, notamment, permettent aux conjoints d'adapter, le cas échéant, leur régime à une situation et à des besoins nouveaux au cours du mariage. Les époux peuvent, d'un commun accord, s'écarter ainsi de la charte pécuniaire initiale ; mais celle-ci demeure le refuge où chacun d'eux peut librement revenir, si l'évasion tentée lui a paru malheureuse.

Sans doute, la jurisprudence a, dans l'ensemble, aggravé la portée du principe d'immutabilité. Un changement dans la méthode d'interprétation des tribunaux semble donc très souhaitable. Si la jurisprudence consentait à réduire la portée de l'article 1395, et à s'engager plus résolument dans la voie

qu'elle a suivie en matière de rentes viagères et d'assurances sur la vie, la plupart des inconvénients pratiques du principe d'immutabilité disparaîtraient. Mais encore une fois, ces inconvénients ne sont pas inhérents au principe, ils naissent de la jurisprudence. Une autre orientation de cette jurisprudence serait un remède suffisant. La réforme législative, que d'aucuns réclament, supprimerait les mêmes inconvénients, mais elle anéantirait également les avantages de sécurité que présente, dans les rapports pécuniaires des époux, le principe d'immutabilité.

Les adversaires de l'article 1395 font valoir aussi que la crainte de l'abus d'influence de l'un des époux fondée sur l'autorité du mari ou le don de persuasion de la femme, est une idée périmée qu'il faut abandonner.

Il est plus difficile, en effet, de défendre ce motif traditionnel. Est-on bien sûr cependant que le « féminisme » ait vraiment donné aux femmes une expérience et un sens des affaires qui les mettent en mesure de résister, dans le seul but de sauvegarder leurs intérêts pécuniaires, aux instances d'un mari qui a par ailleurs leur affection et leur confiance ? Est-on sûr que le mari n'ait pas besoin, parfois, de trouver dans la loi une protection contre lui-même et contre la tentation de se dépouiller de son bien pour une compagne qu'il aime ? Ne semble-t-il pas, au contraire, que l'immutabilité du régime évite entre les époux des querelles d'intérêts ? Ce sont là des considérations psychologiques ; en ce domaine, on ne peut rien démontrer, et il est aisé, ainsi que le disait Malleville au Tribunal, « de faire des raisonnements séduisants quelque parti que l'on embrasse ».

Mais un texte du Code civil nous fournit un argument plus positif : l'article 1096. Tant que les donations entre époux sont révocables, le principe de l'immutabilité du régime matrimonial a, dans les rapports des conjoints, une raison d'être. Comment jouerait la faculté de révocation en face du caractère synallagmatique des conventions modifiant le régime ? La suppression de l'article 1395 devrait logiquement conduire à l'irrévocabilité des donations entre époux, et il ne semble pas que cette réforme, contraire à la tradition française, soit ni demandée, ni désirable.

Enfin, le principe d'immutabilité, tout particulièrement lié à l'article 1096, concorde encore avec l'ensemble des dispositions du Code relatives aux rapports pécuniaires des époux : l'organisation générale du régime légal, dont l'idée fondamentale est l'association stable des intérêts des conjoints, la réglementation des causes de séparation de biens, l'inaliénabilité dotale. Le Code civil n'est pas parfait sans doute, mais il serait osé d'en troubler l'harmonie.

Les partisans de la suppression du principe d'immutabilité ne nient pas que le contrat de mariage soit un pacte de famille et qu'il convienne dès lors de respecter les diverses volontés qui concourent à sa conclusion. Ils reconnaissent que les parents des époux s'imposent des sacrifices pour constituer une dot et qu'on doit tenir compte de leur volonté d'en assurer la conservation. Mais l'intérêt des constituants de la dot ne doit pas faire perdre de vue, disent-ils, celui des époux, qui est dominant. Il est possible de concilier ces deux intérêts légitimes, en exigeant le consentement des parents ou des ascendants, parties au contrat initial, pour permettre aux époux d'écarter par une convention postérieure les garanties d'abord stipulées : inaliénabilité dotale, clause d'emploi ou de remploi. On pourrait en effet envisager cette mesure, et l'intérêt des parents, à lui seul, ne justifie certainement pas le maintien de principe d'immutabilité.

Mais un autre intérêt familial est en jeu : celui des enfants, enfants communs et enfants du premier lit de l'un des conjoints. Les commentateurs modernes l'invoquent rarement, et l'on doute parfois que les rédacteurs du Code civil l'aient eu en vue, le principe général étant que les enfants non conçus n'ont pas de droits, et l'exception apportée à ce principe en faveur du mariage par les institutions contractuelles étant limitée. Mais un exemple très simple — et extrême — montre à quel point les enfants communs sont intéressés à l'immutabilité du régime de leurs parents. Deux époux sont mariés sous le régime de séparation de biens. Le changement de régime étant autorisé, ils adoptent la communauté universelle. Que devient la réserve des enfants ? Grâce à l'article 1395, au contraire, si des modifications sont apportées à la distribution des biens entre époux, soit par donations, soit par dispositions

testamentaires, elles ne peuvent être traitées que comme des libéralités, et non comme des conventions de mariage. Les enfants du ménage ont ainsi l'assurance de recevoir leur réserve sur les éléments du patrimoine familial, déterminé par le régime matrimonial immuable de leurs parents. En supprimant le principe d'immutabilité, étendrait-on aux enfants communs le bénéfice des articles 1496 et 1527, aux termes desquels les avantages matrimoniaux doivent être considérés, à l'égard des enfants du premier lit, comme des libéralités ? Ceci créerait, semble-t-il, bien des difficultés, surtout lorsqu'il faudrait tenir compte de plusieurs changements successifs de régime, car la liberté de modification, reconnue en principe, ne saurait guère être limitée.

Les droits des enfants du premier lit, ainsi que ceux des enfants communs, sont déterminés par la combinaison des règles du régime et des règles de succession. La protection de leurs intérêts est assurée par la restriction de la quotité disponible entre époux et par les dispositions des articles 1496 et 1527 dont nous venons de parler. La possibilité de modifier le régime matrimonial, et la nécessité de tenir compte de changements successifs, multiplieraient, en les aggravant, les difficultés d'une situation déjà fertile en complications.

Quant aux tiers, on ne conteste pas que le principe d'immutabilité sauvegarde leurs intérêts. Mais il serait facile, dit-on, de conserver au crédit public la sécurité nécessaire tout en permettant aux époux de modifier leur régime ; il suffirait d'organiser un système de publicité.

En effet, ceci n'est pas impossible. On peut envisager la création de registres matrimoniaux semblables à ceux d'Allemagne et de Suisse, sauf à se demander si l'inscription devrait être faite au lieu du mariage ou de la rédaction du contrat, ou au domicile matrimonial.

Plus simplement, il suffirait d'étendre la publicité prévue par la loi de 1850, et de subordonner l'effet de la modification à l'égard des tiers à une mention inscrite en marge de l'acte de mariage à la requête des époux, ou, mieux, du notaire. Cette seconde solution aurait même le résultat remarquable de contraindre le législateur à compléter la sanction insuffisante de la loi de 1850. La seule sanction actuelle garantissant la pu-

blicité du contrat de mariage est l'inopposabilité aux tiers de l'inaliénabilité dotale. En fait, elle est suffisante. Hors le régime dotal, les époux n'ont, au moment du mariage, aucun avantage à induire en erreur leurs créanciers à venir et par conséquent à frauder leur déclaration, si bien que, tout imparfaitement sanctionnée qu'elle soit, la publicité organisée par la loi de 1850 satisfait aux besoins actuels. Il n'en serait pas du tout de même si l'on autorisait les changements de régime. Les époux auraient alors un intérêt trop évident à dissimuler à leurs créanciers éventuels, soit pour les tromper, soit tout simplement pour maintenir leur crédit, toutes les modifications de leur régime, et non plus seulement celles qui sont relatives à l'inaliénabilité dotale. Il faudrait donc prévoir une sanction du défaut de publicité de ces modifications. Et la sanction ainsi créée devrait s'étendre à la publicité du contrat initial.

La question de la publicité peut donc être résolue. Mais elle ne nous semble pas la principale difficulté. Même publié, le nouveau contrat ne saurait être opposé aux créanciers antérieurs à sa publication. Et M. Savatier trouve, très justement, dans le conflit qu'entraînerait entre les créanciers intéressés le changement de régime, l'obstacle le plus sérieux à l'abrogation du principe d'immutabilité.

Que l'on suppose donc deux époux mariés sous le régime de communauté et adoptant la séparation de biens. Deux catégories de créanciers vont exister côte à côte, enchevêtrant leurs intérêts jusqu'à la dissolution du mariage ; ceux qui ont contracté avec les époux séparés de biens, ceux qui ont contracté avec les époux communs en biens. On sait déjà combien peut être difficile la liquidation ordinaire d'un passif de communauté ; que sera-t-elle lorsque deux ou plusieurs régimes se seront succédés ? Exigera-t-on alors, pour éviter de telles complications, une liquidation judiciaire de chaque régime avant le passage volontaire au régime suivant ? Il est permis de penser que les lenteurs, les frais et les ennuis de cette liquidation l'emporteront, dans l'esprit des époux, sur les avantages que la transformation du régime pourrait leur procurer.

Nous croyons donc que la suppression du principe de l'immutabilité du régime matrimonial entraînerait de sérieuses

complications, et il ne nous semble pas que les avantages espérés compenseraient ces nouveaux inconvénients.

Le principe d'immutabilité présente des avantages certains. Il assure dans la composition des patrimoines des époux et dans leur gestion une stabilité propice à la sécurité des rapports des époux entre eux, avec la famille, et avec les tiers. Il simplifie les relations d'affaires. Une nouvelle orientation de la jurisprudence vers une interprétation plus libérale de l'article 1395 suffirait à remédier à ces quelques inconvénients et à satisfaire des besoins dont nous ne songeons pas à nier la réalité et la légitimité.

En souhaitant voir la jurisprudence s'engager dans cette voie, nous croyons fermement que le principe de l'immutabilité du régime matrimonial doit être maintenu.

Vu :

Vu : *Le Doyen,*

H. NÉZARD.

Le Professeur, Président de la Thèse,

E. GOMBEAUX.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur,

DAURE.

BIBLIOGRAPHIE

1. — OUVRAGES GENERAUX ET SPECIAUX

AMIAUD. — *Traité formulaire du notariat*, 7^e édition.

ARGENTRÉ (Bertrand d'). — *Œuvres complètes, Commentarii in consuetudines Ducatus Britanniae*, Paris, 1621.

ARMINJON. — *Précis de droit international privé*, 2^e édition.

AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 4^e édition.

AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 5^e édition, revue par RAU (G.), FALCIMAIGNE (C.) et BARTIN (E.), Paris, 1897-1922.

AUDINET. — *Principes élémentaires de droit international privé*.

BACQUET (Jean). — *Œuvres augmentées de plusieurs questions décisions et arrêts des Cours souveraines de France*, par Cl. de FERRIÈRE, Paris, 1744, tome III, *Traité des droits de justice*.

BARTIN. — *Etudes de droit international privé*.

BARTIN. — *Principes de droit international privé*.

BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE. — *Traité du contrat de mariage*.

BEUDANT. — *Cours de droit civil français*, publié par R. BEUDANT, avec le concours de LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et BRETON, t. IV.

- BEAUMANOIR (Philippe de). — *Coutumes de Beauvoisis*, éd. Salmon, Paris, 1899-1900.
- BOUHIER. — *Observations sur la coutume de Bourgogne, dans ses Œuvres*, publiées par JOLY DE BÉVY, Dijon, 1787-1788.
- BOURJON. — *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, Paris, 1747.
- BRIDEL (Louis). — *Droit des personnes et de la famille*, Code civil suisse et Code français comparés; 1910.
- CALEB. — *Communauté conjugale et contrat de mariage*, dans le Répertoire de droit international publié par A. de LAPRADELLE et NIBOYET.
- CAPITANT et BALLEYDIER. — *L'assurance sur la vie au profit d'un tiers et la jurisprudence*, Livre du centenaire du Code civil, I, p. 654 et suite.
- CARCOPINO (Jérôme). — *La République romaine de 133 à 44 avant J.-C., César*; 1936.
- CHARONDAS LE CARON (L.). — *Réponses et décisions du droit français*, Paris, 1637.
- CHAUVEAU et CHÉNEAU. — *Les personnes*, tome IV, dans le Traité de droit civil de Baudry-Lacantinerie.
- COLIN (Ambroise) et CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil français*, 6^e édition, tome III.
- COPPER-ROYER (Jean). — *La société à responsabilité limitée en droit français*.
- CUQ (E.). — *Manuel des institutions juridiques des Romains*.
- DALLOZ. — *Jurisprudence générale, Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*.
- *Supplément au Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*.
- *Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence*.

— *Code civil annoté, et Suppléments.*

DENISART. — *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, nouvelle édition corrigée par CAMUS et BAYARD, Paris, 1783-1790.

DESPAGNET et DE BŒCK. — *Précis de droit international privé.*

DIGESTE de droit civil anglais, par E. JENKS, GELDART, LEE, HOLDSWORTH, etc., trad. par BAUMANN et GOULÉ, 1923.

DUMOULIN. — *Ommia opera*, Paris, 1681.

DUPUICH. — *Traité pratique de l'assurance sur la vie.*

ESMEIN. — *Obligations*, tome 6 dans le *Traité pratique de droit civil français* de PLANIOL et RIPERT.

— *Le mariage en droit canonique.*

FENET. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, Paris, 1827-1828.

FERRIÈRE (Claude de). — *Nouveau Commentaire sur la Coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, Paris, 1770.

GIRARD (Paul Frédéric). — *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e édition, revue et mise à jour par Félix SENN.

GUILLOUARD. — *Traité du contrat de mariage*, 3^e édition.

HÉMARD. — *Traité théorique et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait.*

HOUPIN et BOSVIEUX. — *Traité général des Sociétés.*

HUC (Th.). — *Commentaire théorique et pratique du Code Civil.*

JOSSERAND (Louis). — *Cours de droit civil positif français*, 2^e édition, tome III.

JUSTINIEN. — *Institutes*, éd. Girard, Textes de droit romain.

LA THAUMASSIÈRE (Gaspard Thaumas de). — *Nouveaux commentaires sur les coutumes générales des pays et duché de Berri*, Bourges, 1701.

LAURENT. — *Principes de droit civil français.*

LEBRUN. — *Traité de la communauté entre mari et femme,*
Paris, 1714.

LEFEBVRE (Charles). — *Leçons d'introduction à l'histoire du*
droit matrimonial français, Paris, 1899.

LEFORT. — *Traité théorique et pratique du contrat d'assuran-*
ce sur la vie.

LEHR. — *Éléments de droit civil anglais,* 1906.

LEPRESTRE. — *Arrêts,* Paris, 1674.

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. — *Précis de droit international pri-*
vé, 2^e et 3^e éditions.

LOCRÉ. — *Législation civile, commerciale et criminelle de la*
France, Recueil des discussions et travaux préparatoires de
nos Codes, Paris, 1829-1832.

LOUET (Georges). — *Recueil de plusieurs notables arrêts don-*
nés en Cour du Parlement de Paris, annoté par J. BRO-
DEAU, Paris, 1742.

LYON-CAEN (Ch.) et RENAULT (L.). — *Traité de droit commer-*
cial.

MERLIN. — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence,*
Paris, 1812-1826.

NAST (Marcel). — *Régimes matrimoniaux,* tomes 8 et 9 dans
dans le *Traité pratique de droit civil français* de PLANIOL
et RIPERT.

NIBOYET. — *Manuel de droit international privé.*

— *Autonomie de la volonté dans le Répertoire de droit in-*
ternational publié par A. de LAPRADELLE et NIBOYET.

OLIVIER-MARTIN. — *Histoire de la coutume de la Prévôté et*
Vicomté de Paris, 1922.

PIC et BARATIN. — *Des sociétés à responsabilité limitée.*

- PILLET. — *Traité pratique de droit international privé.*
- PLANIOI (Marcel). — *Traité élémentaire de droit civil* avec la collaboration de G. RIPERT, 10^e édition, tome III.
- PLANIOI et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français*, 14 volumes.
- POTHIER. — *Traité du Contrat de mariage et Introduction au Traité de la communauté*, dans ses Œuvres complètes, par BUGNET, 1861.
- PRÉVOT DE LA JANNÈS. — *Les principes de la jurisprudence française*, Paris, 1770.
- Recueil des chartes de l'abbaye de Cluny, formé par Auguste BERNARD, révisé et publié par Alexandre BRUEL.
- RENUSSON. — *Traité sur la communauté de biens entre l'homme et la femme conjoints par mariage*, Paris, 1723.
- RIPERT (Georges). — *Le régime démocratique et le droit civil moderne.*
- ROGUIN. — *Traité de droit civil comparé.*
- ROSSEL et MENTHA. — *Manuel du droit civil suisse.*
- ROUAST (A.), SAVATIER et LÉPARGNEUR. — *Des contrats civils*, tome II, dans le *Traité pratique de droit civil français* de PLANIOI et RIPERT.
- SERRES. — *Les Institutes du droit français.*
- SURVILLE. — *Cours élémentaire de droit international privé.*
- THALLER et PERCEROU. — *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^e édition.
- TOULLIER. — *Droit civil français*, 5^e édition.
- TRASBOT. — *Les donations et testaments*, tome 5 dans le *Traité pratique de droit civil français* de PLANIOI et RIPERT.
- TRONÇON (Jean). — *Coutume de la Prévoté et Vicomté de Paris.*

TROPLONG. — *Le droit civil expliqué.*

VALÉRY. — *Manuel de droit international privé.*

WEISS. — *Manuel de droit international privé.*

WEISS. — *Traité théorique et pratique de droit international privé.*

2. — THESES

AUDINET (André). — *Du conflit des lois impératives ou prohibitives en matière de contrats*, thèse, Poitiers, 1922.

BÉRARD (Léon). — *Du caractère personnel de certains droits et notamment du droit d'auteur sous les régimes de communauté*, thèse, Paris, 1902.

CALEB. — *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, thèse, Strasbourg, 1927.

CAPITANT. — *Des clauses d'emploi et de remploi*, thèse, Paris, 1889.

COTTET. — *De la nullité des sociétés entre époux*, thèse, Lyon, 1920.

DELEPOULLE (Paul). — *L'immutabilité des conventions matrimoniales*, thèse, Lille, 1894.

DESBOIS. — *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, thèse, Paris, 1927.

DREYFUS. — *De l'acte juridique en droit international privé*, thèse, Paris, 1904.

DUMONT. — *Les donations entre époux en droit romain*, thèse, Paris, 1928.

FOTINO (Nicolas). — *Etude sur l'immutabilité des conventions matrimoniales*, thèse, Paris, 1917.

GUÉRIN (Louis). — *Etude sur le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales*, thèse, Paris, 1906.

HENRY (Louis). — *De l'immutabilité des conventions matrimoniales*, thèse, Paris, 1904.

HUGOT (André). — *Etude critique du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales*, thèse, Paris, 1913.

JACQUET (Louis). — *Effets et sanction de l'immutabilité des conventions matrimoniales*, thèse, Paris, 1902.

KERDARCUFF. — *De la rente viagère réversible et de l'assurance sur la vie entre époux communs en biens*, thèse, Rennes, 1923.

KUNTZ. — *De l'immutabilité des conventions matrimoniales*, thèse, Dijon, 1881.

MOLIÉRAC. — *Etude sur les sociétés entre époux*, thèse, Bordeaux, 1917.

RICHARDOT. — *Les pactes de séparation amiable entre époux*, thèse, Dijon, 1930.

SILZ. — *Définition de la forme*, thèse, Paris, 1929.

SPINANE0. — *Modification possible de l'article 1395 du Code civil français*, thèse, Paris, 1912.

TESTARD. — *De l'application de l'immutabilité des conventions matrimoniales aux donations faites par contrat de mariage*, thèse, Rennes, 1920.

THUILLIER. — *De l'immutabilité des conventions matrimoniales en droit coutumier*, thèse, Paris, 1910.

ZAMBEAUX. — *L'assurance sur la vie entre époux*, thèse, Paris, 1933.

3. — ARTICLES ET NOTES

ADAM. — *Sur le régime matrimonial de droit commun en France*, Congrès international de droit comparé, Paris, 1900.

•

AUBRY (J.). — *Le domaine de l'autonomie en droit international privé*, Journal de droit international, 1896, pages 465 à 481 et 721 à 745.

AUDINET. — *Des conflits de lois relatifs aux effets patrimoniaux du mariage*, Cours de l'Académie de la Haye, Recueil, 1933, page 23.

BARTIN. — Note, sous Cass. Civ., 1^{er} août 1900, D. 1901-1-145.

BASDEVANT. — Note, sous Cass. Req., 4 juin 1935, *Revue critique de droit international*, 1936, 755.

BATIFFOL. — *La notion d'ordre public*, *Revue critique de droit international*, 1934, 610.

BAUDRY-LACANTINERIE. — Note, sous Paris, 19 mai 1890. D. 93, 2, 185.

BEAUCHET. — *De l'immutabilité des conventions matrimoniales en droit international privé*, Journal de droit international, 1884. 39.

BEAUCHET. — Note, sous Tribunal d'Empire (Leipzig), 7 octobre 1884, S. 86. 4. 9.

BÉDARRIDES. — *Conclusions*, sous Cass. Civ., 28 mars 1877, D. 77. 1. 241.

BEUDANT. — Note, sous Cass. Req., 5 mai 1879. D. 80-1-145.

BINET. — Note, sous Paris 5 Janvier 1904, D. 1905-2-249.

— Note, sous Rouen 27 mars 1909, D. 1911-2-153.

— Note, sous Cass. Req., 17 avril 1907, D. 1908-1-41.

BOECK (de). — Note, sous Douai, 13 janvier 1887, D. 87-2-121.

BOUVIER-BANGILLON. — Note sous Cass. liv., 23 janvier 1912. D. 1912-1-481.

BRÉSILLION. — Note, sous Cass. Req., 21 mars 1860, D. 60-1-297.

CAPITANT. — *Essai sur la subrogation réelle*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1919, page 585.

- Loi du 13 juillet 1930, *Revue générale des assurances terrestres*, 1930, pages 802 et suivantes.
- Note, sous Rouen, 10 février 1909, D. 1911-2-1.
- Note, sous Cass. Req., 13 avril 1921 D. 1922-1-5.
- Note, sous Cass. Civ., 17 mai 1927, D. 1928-1-25.
- CHARMONT. — *Combinaison du droit de tester avec l'immutabilité des conventions matrimoniales*. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1893, page 78.
- CHAUVEAU. — Note, sous Pau, 17 novembre 1932, D. 1932-2-161.
- COLIN (A.). — Note, sous Cass. Civ., 2 janvier 1907, D. 1907-1-137.
- COQUELIN. — Note, sous Paris, 6 novembre 1903, D. 1904-2-177.
- DALMBERT. — Note, sous Rouen, 10 février 1909, S. 1910-2-81.
- DEMOGUE. — *Essai d'une théorie générale sur la subrogation réelle*, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1901, pages 236 et suivantes.
 - Note, sous Cass. Req., 13 avril 1921, S. 1922-1-257.
- DEMONTES. — *Liquidation provisionnelle de la communauté au cours d'une instance en divorce*, *Journal des notaires et des avocats*, 1924, page 353.
- DESBOIS. — Note, sous Colmar, 28 mars 1928, D. 1929-2-84.
- DEYZAC. — *Liquidation anticipée de la communauté*, *Journal du notariat et de l'enregistrement*, 1925, page 33.
- DUPUICH. — Note, sous Douai, 16 janvier 1897, D. 98-2-425.
 - Note, sous Amiens, 18 mai 1897, D. 98-2-369.
 - Note, sous Trib. civ. Laval, 17 janvier 1907, D. 1913-2-129.
 - Note, sous Paris, 8 mars 1911, D. 1912-2-321.
- ESMEIN (Paul). — *La loi sur la capacité de la femme mariée*, *Gazette du Palais, journal quotidien*, 6 et 7 mars 1938.
 - Note, sous Cass. Civ., 17 mai 1927, S. 1927-1-289.

FARGEAUD (Philippe). — *Réunion des époux divorcés et immutabilité d'après le nouvel article 295*, Journal des notaires et des avocats, 1930, page 169.

FRÉJAVILLE. — Note, sous Cass. Civ., 28 décembre 1935, D. 1936-1-129.

GAUDEMET. — *Chronique de jurisprudence*, dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, page 685; — 1922, pages 609 et 883; — 1923, page 977; — 1924, page 340; — 1925, page 889; — 1927, page 184.

GUILLOUARD. — Note, sous Cass. Civ., 22 février 1905, D. 1905-1-241.

GUYOT. — Note, sous Cass. Req., 27 novembre 1934, S. 1936-1-241.

HANS. — *La réserve mathématique des contrats dans la communauté entre époux*, Annales de droit commercial, 1908, page 451.

HÉMAR. — Note, sous Cass. Civ., 5 mai 1902, S. 1905-1-41.
— Note, sous Cass. Civ., 22 février 1905, S. 1906-1-337.

JAY (R.). — *De l'immutabilité des conventions matrimoniales en droit international*, Journal de droit international, 1885, page 527 et suivantes.

JOSSERAND. — *Chronique de jurisprudence*, dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1906, page 394; — 1907, page 597.

Journal de droit international, fondé par CLUNET, continué par PRUDHOMME.

Journal des notaires et des avocats, 1924, formules LVI.

Journal du notariat et de l'enregistrement, 1925, page 52 (formules)

JULLIOT de la MORANDIÈRE (Léon). — *La loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée*, D. H. 1938, chron., page 25.

KAYSER. — *L'autonomie de la volonté en droit international privé d'après la jurisprudence française*, Journal de droit international 1931, page 32.

KAYSER. — *Des nullités d'ordre public*, Revue trimestrielle de droit civil, 1933, pages 1128 et suivantes.

KUNTZ. — *Origine de l'article 1395 du Code civil*, Revue générale de Droit, de législation et de jurisprudence 1883-1884, page 22.

LABBÉ. — Note, sous Paris, 19 février 1864, S. 65-2-4.

— Note, sous Besançon, 23 mai 1871, S. 74-2-310.

— Note, sous Cass. civ., 28 mars 1877, S. 77-1-393.

— Note, sous Cass. civ., 2 mars 1881, S. 81-1-144.

— Note, sous Cass. Req., 6 février 1888, S. 90-1-49.

— Note, sous Rennes, 9 février 1888, S. 89-2-121.

— Note, sous Riom, 8 juillet 1890, S. 91-2-185.

— Note, sous Cass. Civ., 22 février 1893, S. 94-1-65.

LACOSTE. — *L'assurance en cas de décès au profit d'un tiers déterminé*, Revue trimestrielle de droit civil, 1905, pages 201 et suivantes.

LAGARDE. — *Chronique de jurisprudence*, dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1937, page 343.

LALOU. — Note, sous Versailles, 19 mars 1913, D. 1914-2-13.

— *Le jeu du mariage et du divorce et les changements de régime matrimonial*, D. H., 1930, chron., pages 11 et suivantes.

LÉPARGNEUR. — *La loi du 7 mars 1925*, Journal des sociétés, 1925, pages 270 et suivantes.

LÉVY. — *Mariage entre époux divorcés*, Journal des notaires et des avocats, 1924, page 529.

LOYNES (de). — Note, sous Cass. Req., 27 décembre 1893, D. 94-1-391.

— Note, sous Limoges, 29 novembre 1897, D. 1902-2-97.

- LYON-CAEN. — Note, sous Douai, 31 janvier 1876, S. 77-2-33.
— Note, sous Cass. Civ., 6 novembre 1895, S. 96-1-5.
— Note, sous Cass. Civ., 1^{er} août 1900, S. 1901-1-5.

MAZEAUD (L.). — *La liquidation des sociétés entre époux*. Revue critique de législation et de jurisprudence, 1928, page 291.

MOURLON. — Note, sous Paris, 19 février 1864, D. 65-2-73.

- NAQUET. — Note, sous Cass. Req., 6 avril 1903, S. 1904-1-505.
— Note, sous Cass. Civ., 24 décembre 1917, S. 1920-1-65.
— Note, sous Cass. Civ., 3 juillet 1917, S. 1921-1-201.

- NAST. — Note, sous Strasbourg, 15 octobre 1923, D. 1924-2-41.
— Note, sous Paris, 2 mars 1925, D. 1926-2-13.
— Note, sous Paris, 8 juillet 1925, D. 1926-2-77.
— Note, sous Paris, 8 janvier 1926, D. 1927-2-39.

NAST. — *Examen doctrinal dans la Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1925, page 254; 1926; page 583.

- NIBOYET. — Note, sous Colmar, 28 mars 1928, S. 1929-2-17.
— Note, sous Cass. Req., 4 juin 1935, S. 1936-1-377.

- PERROUD. — Note, sous Cass. Req., 4 juin 1935, *Journal de Droit international*, 1936, 898.
— *De la loi applicable aux conditions de validité des contrats*, *Journal de droit international* 1933-289.

PIC. — *Nullité des sociétés entre époux*, Revue trimestrielle de droit civil, 1907, pages 489 et suivantes.

PLANIOL (M.). — *Les sociétés entre époux*, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1888, pages 273 et suivantes.

- PLANIOL. — Note, sous Cass. Civ., 29 avril 1901, D. 1902-1-33.
— Note, sous Cass. Civ., 22 février 1893, D. 93-1-401.
— Note, sous Cass. Civ., 24 janvier 1894, D. 94-1-337.
— Note, sous Paris, 24 mars 1903, D. 1905-2-1.
RODIÈRE. — Note, sous Cass. Civ., 12 avril 1870, S. 70-1-185.
— Note, sous Cass. Civ. 4 décembre 1867, S. 68-1-153.

ROUSSEAU. — Note, sous Cass. Req., 15 février 1937, S. 1937-1-116.

SARRUT. — Note, sous Cass. Civ. 6 novembre 1895. D. 97-1-25.

— Note, sous Cass. Civ., 18 décembre 1895. D. 98-1-193.

SAVATIER. — *Portée et valeur du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales*. Revue trimestrielle de droit civil, 1921, pages 93 et suivantes.

— *Les conventions de séparation amiable entre époux*. Revue trimestrielle de droit civil, 1931, pages 535 et suivantes.

— Note, sous Cass. Civ., 3 novembre 1924, D. 1925-1-137.

— Note, sous Cass. Req., 4 juin 1935, D. 1936-1-7.

THALLER. — Note, sous Besançon, 2 mars 1887, D. 88-2-1.

TISSIER. — Note, sous Rouen, 15 décembre 1891, S. 93-2-217.

VIALLETON. — Note, sous Cass. Civ., 2 janvier 1924, S. 1924-1-169.

WAHL. — *L'assurance en cas de décès*, Revue trimestrielle de droit civil, 1902, pages 51 et suivantes.

WAHL. — Note, sous Cass. Civ., 2 janvier 1907, S. 1911-1-585.

— Note, sous Rouen, 27 mars 1909, S. 1910-2-161.

— Note, sous Tribunal supérieur de Munich, 17 mai 1895, S. 98-4-25.

WIGNY (Pierre). — *La règle de conflit applicable aux contrats*. Revue de droit international et de législation comparée, 1933, page 677.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
--------------------	---

PREMIERE PARTIE

Le principe de l'immutabilité du régime matrimonial en droit civil positif	17
--	----

CHAPITRE I

<i>Portée d'application du principe d'immutabilité quant aux actes</i>	25
Section I. — Actes interdits par le principe d'immutabilité....	26
§ 1 ^{er} . — Changements volontaires de régime matrimonial.	
Régimes successifs	26
§ 2. — Modifications partielles du régime matrimonial....	34
§ 3. — Modifications aux donations faites en vue du mariage	82
§ 4. — Sociétés entre époux!.....	94
Section II. — Actes compatibles avec le principe d'immutabilité	104
§ 1 ^{er} — Mandats et donations entre époux.....	104
§ 2. — Constitution de rente viagère et stipulation d'assurance sur la vie sous le régime de communauté.....	117
§ 3. — Contrats entre les époux et les constituants de la dot. Modifications aux conditions de paiement de la dot.....	138
§ 4. — Conventions interprétatives. Preuve du dol, de la fraude, de la simulation entachant le contrat de mariage	140

CHAPITRE II

<i>Sortie d'application du principe d'immutabilité quant aux personnes</i>	143
--	-----

CHAPITRE III

<i>Portée d'application du principe d'immutabilité quant au temps</i>	147
§ 1 ^{er} . — Période antérieure à la célébration du mariage.	
Contre-lettres	147
§ 2. — Période postérieure à la dissolution du mariage. Modification testamentaire	149

CHAPITRE IV

<i>Sanction du principe d'immutabilité.....</i>	163
---	-----

CHAPITRE V

<i>Tempéraments au principe d'immutabilité.....</i>	167
---	-----

DEUXIEME PARTIE

<i>L'immutabilité du régime matrimonial en droit international privé.</i>	177
---	-----

CHAPITRE I

<i>L'immutabilité du régime matrimonial dépend-elle de la loi locale ?</i>	183
--	-----

CHAPITRE II

<i>L'immutabilité du régime matrimonial dépend-elle du statut personnel ?</i>	187
---	-----

CHAPITRE III

<i>L'immutabilité du régime matrimonial dépend-elle de la loi du régime</i>	197
---	-----

CHAPITRE IV

<i>Limites de la solution admise.....</i>	207
§ 1 ^{er} . — L'ordre public.....	207
§ 2. — La fraude à la loi.....	210
<i>Conclusion</i>	211
<i>Bibliographie</i>	225

